Die Untreue
im geltenden deutschen Strafrecht
(§ 266 St.G.B.)
und in den Entwürfen.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität

zu Marburg a. d. Lahn

vorgelegt von

Heinrich König

Gerichtsreferendar aus Kassel

Marburg 1928

Kasseler Buchdruckerei und Stempelfabrik G. m. b. H., Orleansstraße 4

Die Untreue
im geltenden deutschen Strafrecht (§ 266 St.G.B.) und in den Entwürfen.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität
zu Marburg a. d. Lahn

vorgelegt von

Heinrich König
Gerichtsreferendar aus Kassel

Marburg 1928

Kasseler Buchdruckerei und Stempelfabrik G. m. b. H., Orleansstraße 4

Als Dissertation von der Iuristischen Fakultät
angenommen im Juni 1928

Berichterstatter: Professor Dr. W. Engelmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern gewidmet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556026_0062

Aufbau.

A. Einleitung 7

B. Die Geschichte des Delikts

I. Römisches Recht 8
II. Älteres deutsches Recht 10
III. Seit Allg. Pr. L.R. 13

C. Die Untreue im geltenden Recht.

I. Das Schutzobjekt 17
II. Das Wesen der Untreue 20
III. Die Subjekte der Handlung 31
IV. Die benachteiligende Handlung 42
V. Der subjektive Tatbestand 48
VI. Versuch, qualifizierter Tatbestand und Strafe . . . 49

D. Die Untreue in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts 50

E. Die Untreue im Vorentwurf von 1909 54
Die Untreue im Gegenentwurf von 1911 58

F. Die Untreue im Kommissionsentwurf von 1913 und 1919. . .

I. Der objektive Tatbestand 65
II. Der subjektive Tatbestand 68

G. Die Untreue im Amtlichen Entwurf von 1925 und im Entwurf von 1927. 69

I. Der objektive Tatbestand 70
II. Der subjektive Tatbestand 74
III. Der Versuch 76
IV. Die Strafe 77
V. Der privilegierte Tatbestand 77

H. Eigener Vorschlag 77

Benutztes Schrifttum 78/79

Lebenslauf 80

A. Einleitung.

Die Reform des deutschen Strafrechts steht in absehbarer Zeit bevor. Über 50 Jahre hat das R. St. G. B. von 1871 dazu gedient, die Verletzung der Normen zu ahnden, die der Staat beachtet wissen will, um wirtschaftliche, geistige und religiöse Güter des einzelnen Staatsbürgers und der Volksgesamtheit zu schützen; um den Zustand der Ordnung zu erreichen und zu erhalten, den das Zusammenleben in einer Gemeinschaft zur Verfolgung gemeinsamer Ziele verlangt.

Auch für das Strafrecht gilt das Wort des Philosophen panta rei: andere Zeiten sehen andere Sitten, haben andere wirtschaftliche Verhältnisse; auch die Menschen in ihrer seelischen Bedingtheit unterstehen diesem historischen Gesetz. Wie die Philosophie, so ist auch das Recht von dieser Entwicklung sehr stark beeinflußt und abhängig. Im höheren Grade als beim Privatrecht ist diese Abhängigkeit beim Strafrecht bedingt, weil die Verletzung der Strafnormen Maßnahmen nach sich zieht, welche viel schwerwiegender in das Leben des Menschen eingreifen als die Folgen, die sich an Nichtbeachtung irgend einer Privatrechtssatzung knüpfen; denn wenn der Mensch mit dem Strafrecht in Konflikt kommt, ist es meist um seine bürgerliche Ehre, um seine Freiheit geschehen, während im Privatrecht höchstens wirtschaftliche Nachteile ihn treffen können. Derjenige, welcher gestraft werden soll, kann aber verlangen, daß seinem Tun eine gerechte Beurteilung zuteil werde; daß man sei Denken, sein Wollen und alle anderen in Frage kommenden Umstände nicht nur berücksichtigt, sondern auch der Entscheidung zu Grunde legt. So gibt es sich, daß das Strafrecht ein Spiegelbild des Volkes ist, für das es gilt, und es als um so vollkommener angesprochen werden kann, je klarer dieses Bild ist.

Jedoch wie die gesamte menschliche Entwicklung, so schreitet auch die Rechtsentwicklung nicht sprungweise, sondern nur schritt- und stufenweise vor. Wer versuchte, dieses natürliche Gesetz nicht zu beachten, würde den sicheren Boden unter den Füßen verlieren und dann ein Strafrecht schaffen, das vielleicht

überhaupt nicht, jedenfalls aber nicht für die Gegenwart, für die der Gesetzgeber schaffen soll, brauchbar und möglich wäre. (Bemerkung des V. E. 1909.)

Nicht alle Verbrechenstatbestände des St. G. B. von 1871 sind in den Entwürfen geändert. Manche Tatbestände, z. B. die der Eigentumsdelikte und des Betrugs, sind in jahrhundertelanger Entwicklung für das deutsche Rechtsempfinden genügend klar herausgearbeitet und in eine feste Form geprägt worden.

Unter den Tatbeständen, die noch in der Entwicklung begriffen sind und deshalb mancherlei Umgestaltung erfahren haben, befindet sich auch der des § 266 St. G. B., welcher die Untreue bestraft.

Zweck unserer Arbeit soll es sein, seine bisherige Entwicklung klarzulegen, nach ihren Gründen zu forschen und zu einer befriedigenden Fassung des Begriffs zu erlangen.

B. Geschichte des Delikts.

I. Spuren und Anklänge an den jetzigen Untreuetatbestand lassen sich bis in das römische Recht hinein verfolgen. Zwar kannten die alten Rechte der Griechen und Römer kein ausgesprochenes Strafrecht, das gesondert vom Privatrecht seine Bestimmung darin hatte, die Ordnung der Gesamtheit zu gewährleisten. Familie und Sippe umfaßten noch stark mit Pflichten und Rechten ihre Mitglieder; ein großer Teil der Menschen war als Sklaven sogar rechtlos und damit ohne jeden Rechtsschutz. So waren es hauptsächlich wirtschaftliche Verhältnisse, die von Rechtssatzungen erfaßt wurden.

Man hielt in diesen Rechten bei Verletzung von Verträgen und von zivilrechtlichen Verbindlichkeiten, selbst wenn dolos begangen, den zivilrechtlichen Zwang zur Erfüllung und zum Schadenersatz für ausreichend.

Zur Ausbildung dieses Zivilrechts ist jedoch die Strafe ein höchst wichtiges Mittel geworden. Ihering schildert in seinem Werke „Geist des römischen Rechts" sehr anschaulich diese Ergänzung des damaligen Rechts und seine Wichtigkeit: die Wirkung der Infamia bei Verletzung von Treuverhältnissen und die zahlreichen Prozeßstrafen, die den Rechtsweigernden trafen. Die Infamia war auch erst eine Folge des Prozesses. Sie war eine harte Bestrafung des römischen Bürgers, wenn man ihre schweren Wirkungen in Betracht zieht, die in dem Verlust sämtlicher politischer Rechte bestanden haben. (cf. auch v. Liszt, a. a. O. S. 29 ff.)

Im einzelnen sind die Normen, die sich in verwandten Linien zu unserem Verbrechenstatbestand bewegen, versprengt.

So wurde derjenige, welcher in den Fällen der sogenannten actiones famosae auf Grund der actio fiduciae, tutelae, mandati, depositi, pro socio wegen doloser Vertragsverletzung verurteilt worden war, nach praetorischem Recht mit der Ehrenstrafe der Infamie belegt; es handelt sich hierbei überall um Vertragsverhältnisse, bei denen Nichterfüllung der Vertragspflicht als besonderer Vertrauensbruch gewertet wurde. (l. 1. D. h. t. 3, 2; l. 3. § 18 D. de susp. tut. 26, 10.) (Sohm, S. 192 ff.)

Der ungetreue Vormund wurde mittels der actio de distrahendis rationibus auf das duplum des veruntreuten Wertes, als Strafe verurteilt. (1. 2. d. tit. de tut. 27, 3; 1. 55. § 1. D. de administratione tut. 26, 7.) Gelang es, einem Vormund bei seiner Tat dolus nachzuweisen und ihn deshalb abzusetzen, verfiel er der Infamie. (1. 3. § 18. D. de susp. tut. 26, 10.) (cf. Sohm, S. 549.)

Für Tutoren und Curatoren hielt man die Verhängung öffentlicher Strafen extra ordinem nur in gewissen, sehr schweren Fällen für nötig: z. B. bei nachteiligen Veräußerungen von Gütern des Pupillen. (1. 1. § 8 D. 26, 10.) (cf. Cartier S. 72, Sohm, S. 535 ff.)

Die praevaricatio nahm als delictum publicum eine besondere strafrechtliche Stellung im römischen Recht ein. Subjekte dieses Treubruchs waren sowohl der Ankläger im publicum judicium als auch der advocatus. Die Handlung bestand in „diversam parteum adiuvare prodita causa sua" und wurde mit einer Strafe extra ordinem belegt. (Ulp. D. 47. 15. 1. pr.)

In den Rahmen dieser Betrachtung gehört weiterhin das furtum und crimen stellionatus. Mit der actio furti, die auf das Doppelte ging und so ihre Strafnatur enthüllt, konnte man jede widerrechtliche Aneignung anvertrauter Güter in gewinnsüchtiger Absicht verfolgen. (1. 19. § 6, 1. 66, pr. D. h. t. 47, 2; 1. 16. D. de cond. furt. 13,1.) Der Stellionat war ein allen rechtswidrigen, arglistig herbeigeführten Vermögensbenachteiligungen subsidiärer Verbrechensbegriff. (cf. Sohm, S. 455.)

Eine ebenso wichtige Rolle spielte ferner die actio doli (cf. Sohm S. 221, 460—61; Mommsen S. 679—680), die infamierend wirkte und gegen jede böswillige Vermögensschädigung gewährt wurde. (l. 34. D. de dolo malo 4, 3; 1. 16. § 1. D. de praescriptio verbis 49, 5) Zu erwähnen sind hierbei noch, trotzdem sie nicht zum Begriffe der Unterschlagung und Veruntreuung hinneigen: der peculatus und das crimen residui. Der peculat stellte eine widerrechtliche Aneignung von Staats- und Gemeindegut dar. (1. 1. D. 48, 13.) Das crimen residui konnte

von den Beamten, denen die Verwaltung dieser Güter oblag, durch jede rechtswidrige Handlung begangen werden, durch welche diese öffentlichen Gelder ihrem Zweck nicht zugeführt wurden.

II. Das ältere deutsche Recht ist, abgesehen von einigen Ausnahmen, mit zivilrechtlicher Lösung der Untreuefälle ausgekommen. Einen allgemeinen Begriff der Untreue finden wir nicht. (cf. Cartier S. 74 ff.)

Wohl begegnet man dem Namen Untreue (Untrüw). Dieser Begriff steht jedoch in keiner inneren Beziehung zu dem der Untreue des heutigen Rechts; es ist nur eine andere Art der Bezeichnung für die Felonie, der Verletzung des Lehens- und Untertanenverhältnisses. So erscheint sie im Sachsenspiegel (I, 40) und im ersten Regensburger Landfrieden von 1281, und dieselbe Bedeutung genießt sie im Lehnsrecht des Schwabenspiegels. Mit dem Zusammenbruch des Feudalstaates verschwindet dieser Begriff, die Untrüw geht in den Tatbestand der modernen Staatsverbrechen des Hoch- und Landesverrats über.

Dem älteren deutschen Recht genügte der vom Gericht zu billigende rein privatrechtliche Anspruch auf Schadensersatz und eine in gewissen Schranken zugelassene Selbsthilfe. Die noch zulässigen Prozeßstrafen traten nur dann ein, wenn der durch das Urteil zu Restitution Verpflichtete die Leistungsfrist nicht innehielt, sodaß von einer strafrechtlichen Natur dieser Strafen in den uns angehenden Fällen der Untreue nicht gesprochen werden kann.

Das deutsche Recht der Volksrechte kannte zwar die mit Vertrauensbruch begangene Unterschlagung, das sogenannte diebliche Behalten. Es wurden aber damit nur die Fälle strafrechtlich verfolgt, in denen es sich um das widerrechtliche Ansichnehmen einer Sache handelte, wobei der Täter nicht mit Willen des Verletzten in den Besitz der Sache gekommen sein durfte (cf. Loening S. 100). Dadurch wurden aber die Fälle strafrechtlich nicht geahndet und betroffen, die uns interessieren, in denen nämlich auf Grund vertragsmäßiger Rechtsbeziehungen, sei es gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Art, eine Verletzung „fremder Besitzrechte" eingetreten ist.

Die Vertrags-Rechtsnichtbeachtung, die der Täter durch Nichtherausgabe oder Verheimlichung der Sachen beging, konnte, selbst, wenn dolos begangen, nicht bestraft werden.

Ausnahmen hiervon befinden sich im westgotischen und bayrischen Recht. (cf. Loening § 13. S. 98—104.) In diesen Rechten wurde derjenige Schuldner, welcher ihm zum Verkauf oder zur

Aufbewahrung anvertraute Sachen vorenthielt und angab, sie seien gestohlen worden oder verloren gegangen, als Dieb bestraft. (cf. Brunner § 139; andere, jedoch nicht richtige Ansicht hierüber bei Hälschner, System, II. 409; cf. Loening a. a. O.)

Zu erwähnen ist noch, daß im Schwabenspiegel (c. 66) der Vormund, der dolos oder fahrlässig seine Pflichten dem Mündel gegenüber verletzt hatte, schimpflich entlassen werden konnte; dasselbe konnte dem Fürsprech widerfahren, der zum Nachteil seiner Partei handelte (c. 87).

Trotzdem, wie schon erwähnt, der Sachsenspiegel die Untreue nur als Felonie kannte, weisen die Glosse zum Sachsenspiegel II. 37 und das Lübbische Recht schon römisch-rechtliche Ideen auf. (cf. Draheim S. 5; Loening S. 405—406.)

Zusammenfassend können wir feststellen, daß das ältere deutsche Recht bei Verletzung der Vertragspflicht die Rechtsvollstreckung und die den Schuldner treffenden Prozeßstrafen für genügend hielt, einen „Treubruch" zu sühnen. Zu einer Bestrafung, aber auch dann nur durch Privatstrafe, schritt man, wenn, wie bei einer Veräußerung, Verpfändung oder Vernichtung der anvertrauten Sache, eine Unmöglichkeit vorlag, die Verletzung einer obligatorischen Pflicht durch Ersatz wieder gut zu machen. (cf. Loening S. 406—415.)

Zu einer Ahndung für Vertrauensverletzungen dieser Art, die uns heute als strafwürdig erscheinen, schritt aber bald das spätere deutsche Recht.

Der Ausgang des Mittelalters wird in der Geschichte des deutschen Strafrechts gekrönt durch die bedeutsame Gesetzesschöpfung der Constitutio Criminalis Carolina. In ihr befinden sich zwei für unsere Frage sehr wichtige Bestimmungen; es sind dies die Art. 115 und 170. In Art. 115 finden wir die sich an das römische Recht anlehnende praevaricatio wieder; sie beschränkt sich jedoch hier auf die procuratores, „so ihren Parteien zum Nachteile gefährlicher Weise den Widerteilen zugute handeln" Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt in folgendem Umstand: Durch eine extensive Auslegung wurden Tutoren und Kuratoren, Feldmesser und Schätzer unter den Unterbegriff quasiprocuratores und so unter den Hauptbegriff procuratores gestellt (cf. Ammon S. 16 ff). Hierin zeigt sich ganz klar das Bestreben, den Bedürfnissen des Lebens entsprechend, einen Untreuetatbestand zu schaffen.

Art. 170 C.C.C. stellt die an anvertrautem oder hinterlegtem Gut begangene Treulosigkeit unter Strafe. Der Tatbestand lautet: „Welcher mit eines anderen Gütern, die ihm im guten Glauben zu

behalten und zu verwahren gegeben seien, williger und gefährlicher Weise dem Gläubiger zu Schaden handelt, solche Missetat ist einem Diebstahl gleich zu strafen."

Diese Bestimmung des Art. 170 ist von der Wissenschaft verschieden ausgelegt worden. Es ist behauptet worden, in dieser entscheidenden Stelle lägen Unterschlagungs- und Untreuebegriff im Keime verborgen (Wahlberg cf. Draheim S. 7). Einmal soll hierdurch die Unterschlagung anvertrauter Sachen bestraft werden; ferner sollen aber auch Vormünder, Bevollmächtigte und Verwalter als Tatsubjekte miteinbezogen sein; damit also auch die Rechtsverhältnisse strafrechtlich geschützt werden, durch welche die vertragsmäßige Verpflichtung der Zurückgabe eines anvertrauten Gutes begründet wird.

Man folgert dieses einmal daraus, daß es unangebracht wäre, bei der Carolina schon eine peinliche Wortinterpretation anzuwenden und dem Wort „verwahren" eine scharf geprägte Bedeutung zu geben (cf. Grunow S. 12); zum anderen aus den Worten „zu Schaden handeln", die auch den unbefugten Gebrauch und das dolose Verderben der anvertrauten Sachen begrifflich in sich schließen sollen (cf. Draheim S. 7).

Der Wortlaut des Art. 170, der von „verwahren" und „behalten" spricht, gibt jedoch keinen ersichtlichen Anlaß, von einem „verfügen" und „verwalten" zu reden.

Gegen die Wahlberg'sche Ansicht spricht weiter die strafrechtliche Regelung des wichtigen Falles der Vormundsuntreue in der Reichspolizeiordnung von 1577; sie an diesem Ort einzeln herauszugreifen und zu regeln wäre überflüssig gewesen, wenn Art. 170 der Carolina diesen Fall schon enthalten und behandelt hätte.

Endlich spricht auch die Tatsache dagegen, daß man in der Geschichte des Strafrechts neue Aufgaben casuistisch gelöst hat, also so, wie sie das Leben erscheinen ließ, und erst nach geraumer Zeit zu einer allgemeineren Fassung eines Tatbestandes übergegangen ist. Zu einer brauchbaren und klaren Auslegung gelangt Cartier S. 79.

Die deutschrechtlichen Ansätze des Untreuedelikts erhielten eine wichtige Ergänzung in der schon genannten Reichspolizeiordnung von 1577, wo in Titel 32 § 3 mit den Strafen des gemeinen Rechts ein Vormund für seine Fahrlässigkeit und Vervorteilung bei dem Pflegekind oder dessen Gütern bedroht wird. Muß auch festgestellt werden, daß diese Strafdrohung nicht auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse beschränkt und weiterhin die Handlung nicht begrenzt ist, sodaß als „Untreue" hier auch

Unterschlagung und Sachbeschädigung, kurz jede „Vervorteilung" angesehen werden kann, so ist doch der Bemerkung Bindings beizustimmen, daß diese reichsrechtliche Bestimmung eine der beiden Wurzeln sei, auf welche die Untreue des geltenden Strafrechts geschichtlich zurückgehe. (Grundriß II. § 187 S. 218.)

Die Wirkung dieser Vorschrift und ihre Ausdehnung, die sie auf Stiftungs- und Testamentsverwalter in Statutarrechten gefunden hat, schildert Cartier S. 81—82.

III. In der Geschichte der Untreuestrafgesetzgebung finden wir dann einen weiteren wichtigen Anhaltspunkt im Allgemeinen preußischen Landrecht, diesem unter Friedrich dem Großen bearbeiteten ungemein wichtigen, folgenreichen Gesetzbuch. Dieses Gesetzeswerk behandelt das Delikt der Untreue ausführlich und zwar als Unterart des qualifizierten Betruges im 20. Titel des II. Teiles § 1329 ff. In § 1329 wird folgende Definition der Untreue aufgestellt: derjenige wird als Täter bezeichnet, welcher, außer der allgemeinen Verbindlichkeit noch besondere Verpflichtungen auf sich hat, einen anderen mit Treue und Redlichkeit zu behandeln und diesen gleichwohl hintergeht. Kennzeichen der Untreue ist also hier die besondere Verpflichtung des Handelnden zu Treu und Redlichkeit. Diese Definition erschöpft jedoch den allgemeinen Deliktsbegriff nicht ganz. Denn in vielen Paragraphen, §§ 1330 bis 1376, spezialisiert das Allg. Pr. Landrecht das Delikt auf eine Menge von unter sich ganz verschiedenen Fällen, sowohl qualifizierter Unterschlagung als auch Untreue. Hervorgehoben seien die Bestimmungen gegen ungetreue Privatverwalter und Bevollmächtigte, Vormünder, Curatoren und Handelsbevollmächtigte, § 1372. Obwohl im System bei den Vermögensverbrechen abgehandelt, erstreckt sich die Untreue hier auch auf die Personenbeschädigung bei Besorgung übertragener Geschäfte. Untreue, Unterschlagung und Betrug sind aber begrifflich noch nicht streng geschieden. (Über die sich hier ergebende Streitfrage wegen Erweiterung der Subjekte und clausula generalis cf. Ammon S. 18). Nicht unterlassen werden darf in diesem Zusammenhang die Erwähnung eines Tatbestandes im Code pénal. In diesem Gesetzbuche ist in Art. 408 ff. ein selbständiges Delikt der Untreue behandelt. Allgemein werden wegen Mißbrauchs des Vertrauens diejenigen Personen bestraft, welche Effekten, Gelder, Waren, eine Berechtigung oder Verpflichtung enthaltende Schriftstücke u. s. f., die ihnen als Depositum übergeben worden sind, mit der Verpflichtung, sie zu einem bestimmten Zwecke zu gebrauchen, zu verwenden oder sie zurückzugeben, zum Nachteil des Eigen-

tümers entziehen oder preisgeben. (Die Entwicklung und der Einfluß dieser Gesetzesbestimmung in der deutschen Particularstrafgesetzgebung schildert, Cartier S. 83, 84 (cf. Grunow S. 14).

Unter dem Einfluß des Code pénal gewinnt die Untreue nämlich eine immer selbständigere Stellung in den Particularstrafgesetzbüchern der ersten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts.

Von Wichtigkeit ist zunächst die Regelung im Strafgesetzbuch des Königreiches Bayern von 1813. Hier hat die Untreue eine doppelte Regelung gefunden. So sollen im 2. Buch, das von den Verbrechen und deren Bestrafung handelt, im 6. Kapitel nach § 295 Vormünder oder Kuratoren, welche ihren Pflegebefohlenen in rechtswidrigem Vorsatze zum Nachteil handeln, aller Würden, Staats- und Ehrenämter unfähig sein und überdies zu 8tägigem bis 3monatlichem Gefängnis verurteilt werden, sofern nicht die von ihnen begangene Treulosigkeit zugleich in Betrug, Unterschlagung oder ein anderes schwereres Verbrechen übergeht.

Gemäß § 93 im 4. Kapitel des dritten Buches, das von Vergehen und deren Bestrafung handelt, sollen dann Bevollmächtigte, Verwalter, Geschäftsführer, Gesellschaftsgenossen, welche in dieser Eigenschaft absichtlich dem anderen zum Nachteil handeln, mit Gefängnis bestraft werden.

Bemerkenswert ist der subsidiäre Charakter der Untreue im Verhältnis zur Unterschlagung (Art. 232) oder zum Betrug (Art. 263). Das in Art. 295 bezeichnete Verbrechen der Untreue umfaßt also nur die Treulosigkeiten, deren sich die genannten Personen außer jener zwei genannten Verbrechen schuldig machen.

Was das Wesen der Untreue im bayerischen Gesetzbuch angeht, so besteht es in einer rechtswidrigen Verletzung der besonderen Treue, zu welcher jemand kraft eines gesetzlichen anerkannten Verhältnisses verpflichtet ist. Die Grenze zwischen Art. 295 und 398 ist lediglich nach der stärkeren Verpflichtung abgesteckt.

Vollendet ist die Handlung, wenn die betreffende Person zum Nachteil gehandelt hat, ohne daß es darauf ankommt, ob der bezielte Schaden entstanden ist oder nicht.

Schon erwähnt ist der subsidiäre Charakter der Untreue. Deshalb kommt ein Untreuedelikt nur in Frage, wenn die benachteiligende Handlung nicht unter den Begriff Betrug oder Unterschlagung subsummierbar ist. Das bayerische Strafgesetzbuch geht hierbei von der Auffassung aus, daß z. B. derjenige, dem unter dem Siegel der Treue etwas anvertraut ist, durch Mißbrauch oder Unterschlagung schon die schuldige Treue verletze und des-

halb nicht mehr wegen Untreue bestraft werden könne. Erst wenn Betrug oder Unterschlagung der genannten Personen nicht vorliegt, soll geprüft werden, ob eine Untreuehandlung in Frage kommt.

Die Geschichte des preußischen Strafgesetzbuches von 1851 bis 1861 zeigt bei der Betrachtung der mannigfachen Entwürfe eine große Verschiedenheit und Unklarheit in der Fassung des Begriffes Untreue.

In diesen Arbeiten ging zunächst das Bestreben dahin, einen für unbedingt nötig erachteten allgemeinen Begriff der Unterschlagungshandlung zu schaffen. Einen allgemeinen Begriff der Untreuehandlung hielt man für entbehrlich. Man begnügte sich damit, für die Untreue, die schon im Allg. Pr. Landrecht für strafbar erklärten Fälle von Vertrauensbruch im allgemeinen wiederzubringen; nur dehnte man den Umfang der Untreue noch dahin aus, daß sie jetzt alle Arten der Vermögensbeschädigungen umfassen sollte; sie sollte sich also nicht nur auf diejenigen Fälle beschränken, die nicht schon als besondere Verbrechen mit Strafe bedroht waren, weil sonst einfach Diebstahl und Unterschlagungshandlungen dieser Personen geringer zu strafen sein würden, als ihre sonstige Untreue. (cf. Goltdammer, Materialien z. St.G.B. II § 246, S. 560.)

Im einzelnen bestimmte der Entwurf von 1843 in § 453, daß die Bevollmächtigten, Rechtsbeistände, Haus- und Wirtschaftsbeamte, Gewerbegehilfen und Dienstboten bei Untreue mit derselben Strafe belegt werden sollten, wie bei Unterschlagungen.

Der Entwurf von 1845 dehnte die Untreuehandlung außer auf die Vermögensbeschränkung auch auf die Verletzung rein persönlicher Rechte aus und beseitigte die Bevollmächtigten des Privatrechts als taugliche Subjekte der Untreue mangels genügender Veranlassung für eine Bestrafung in solchen Fällen.

Der Entwurf von 1846 brachte keine Änderung in diesen Punkten.

Der Entwurf von 1847 führte wieder mehrere Subjekte an und behandelte die Untreuehandlung unter einem eigenen Titel.

Der letzte Entwurf, der von 1850, verwarf den ganzen Titel Untreue mit der sehr anfechtbaren Begründung, die Strafandrohungen bei Betrugs- und Unterschlagungshandlungen befriedigten das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Schutz vor Vertrauens- und Treubrüchen (cf. Cartier S. 86; Grunow S. 15).

In der Beratung für die endgültige Fassung des Strafgesetzbuches nahm man jedoch das Untreuedilikt wieder auf und entschied sich für die Fassung der Entwürfe von 1845 bis 1847, also

für die grundsätzliche Beschränkung der Subjekte, auf die mit öffentlichen Vertrauen bekleideten Personen. Den Entschluß zu dieser Fassung des Tatbestandes begründete man folgendermaßen: Häufig liege es bei den Privatverträgen nicht einmal im Interesse des Contrahenten, eine von dem anderen Teile begangene Untreue zu rügen; auch möge derjenige, der Privatverträge mit einem anderen abschließe, welche auf ein besonderes Vertrauen berechnet seien, sich selbst bei der Auswahl dieser Vertrauenspersonen vorsehen; den Personen jedoch, die vom Staat dem Publikum zur Besorgung gewisser Angelegenheiten bezeichnet und angewiesen würden, werde mit Recht von vornherein ein größeres Vertrauen bewiesen, dessen Nichteinhaltung dann eben sehr strafwürdig sei (cf. Goltdammer a. a. O. zu § 246, S. 560).

Im endgültigen Strafgesetzbuch erhielt die Untreue in § 246 einen eigenen Titel. Der Inhalt des Paragraphen deckt sich im wesentlichen mit den Tatbeständen in § 266 Ziffer 1, 3 des R.St.G.B.

Von starkem Einfluß auf die Weiterentwickelung des Untreuebegriffs und -tatbestandes ist dann aus der deutschen particularen Strafgesetzgebung das sächsische Strafgesetzbuch von 1868 mit seinem Art. 287 Abs. 2 geworden. Er lautet: Der Unterschlagung ist es gleich zu achten, wenn ein Geschäftsführer über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitze hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachteil des Geschäftsherrn verfügt.

Denn diese Bestimmung diente als Vorbild für die Fassung des § 266 Ziffer 2 des geltenden deutschen Strafgesetzbuches.

Als durch die politische Umgestaltung in Deutschland ein Reichsstrafgesetzbuch nötig wurde, hielt man im ersten Entwurf hierzu noch an der Auffassung des Pr. Strafgesetzbuches fest, daß nur ein Untreuetatbestand für die mit öffentlichem Vertrauen ausgestatteten Personen notwendig sei; für die Verhältnisse mit privatrechtlichem Charakter würden Unterschlagungs- und Betrugsnormen vollauf genügen.

Jedoch in der Bundeskommission, die mit Abfassung des Gesetzes beauftragt war, kamen die Schwierigkeiten zur Sprache, in die das Pr. Strafgesetzbuch mit dieser Annahme geraten war. Dort hatte nämlich die Praxis, um den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht zu werden, den Unterschlagungstatbestand so ausdehnen müssen, daß auch Unterschlagung an Forderungen und an der eigenen einem Dritten auszuhändigenden Sache damit erfaßt wurden; vergeblich hatte man sich ferner mit dem gelten-

den Recht hier bemüht, auch die Fälle strafrechtlich zu erfassen, in denen die fremde bewegliche Sache nicht im Besitze oder Gewahrsam des Täters war.

So griff man denn auf das sächsische Strafgesetzbuch und seine Regelung für diese Fälle zurück und beantragte die strafbare Untreue auch auf das Rechtsverhältnis des Bevollmächtigten zum Vollmachtgeber zu erstrecken, „um durch eine auf widerrechtliche Verfügung über fremde Vermögensstücke anwendbare Strafbestimmung einem Bedürfnisse zu genügen, dem die gesetzliche Fassung des Tatbestandes der Unterschlagung nicht entspreche." (Mot. zum II. Entwurf zu § 241.)

Dieses Bedürfnis hat Binding als die andere Wurzel bezeichnet, auf welche sich die Untreuefassung in unserem heutigen Strafrecht zurückführen läßt. (cf. Grundriß II, § 187, S. 218.)

Die neue Bestimmung wurde als Ziffer 2 in die beiden Tatbestände des preußischen Untreueparagraphen eingeschoben, Ziffer 3 noch durch eine Reihe von Personen der Reichsgewerbeordnung von 1869 als Tätersubjekte erweitert und hiermit zusammen als § 266 unter dem Titel „Betrug und Untreue" in das R.St.G.B. hineingearbeitet.

C. Die Untreue im geltenden deutschen Strafrecht.

Paragraph 266 bedroht in casuistischer Fassung

1. Vormünder . . ., die absichtlich zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
2. Bevollmächtigte, die über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zu dessen Nachteile verfügen;
3. Feldmesser . . ., die bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

I. Das Schutzobjekt der Untreue.

Nach dem Vorgang von Oppenheim (a. a. O. S. 194) bezeichnet man als Schutz- oder Angriffsobjekt „dasjenige Objekt, welches durch das einzelne Verbrechen angegriffen wird".

Welches Objekt durch die Untreue angegriffen wird, ist in der Wissenschaft streitig.

Oppenheim selbst (a. a. O. S. 190) will aus den „Untreue"-handlungen des § 266 Ziffer 1 und 3 ableiten, daß die obligato-

rischen Pflichten der dort genannten Tätersubjekte diejenigen Objekte sind, welche vor Verletzung von Seiten ihrer Inhaber geschützt werden sollen; für § 266 Ziffer 2 will er die „Treuepflicht" des Bevollmächtigten als Schutzobjekt angesehen wissen. Ihm schließt sich Draheim an (a. a. O. S. 65). Ihnen sind die obligatorischen Pflichten des Gewalthabers, die aus den Rechtsverhältnissen, welche in § 266 genannt werden, entstehen, Schutzobjekte primärer Natur, während die diesen Pflichten entsprechenden Rechte, d. h. die Vermögensrechte sekundäre Schutzobjekte sind, weil das Gesetz „eben jene Pflichten" in den Vordergrund stellt, in dem es das Delikt des § 266 als „Untreue" bezeichne.

Diesem Gedankengang ist nicht zuzustimmen. Auch bei anderen Vermögensdelikten liegt zugleich in jeder Zuwiderhandlung gegen das Gesetz eine Verletzung obligatorischer Pflichten vor; z. B. der Mieter, Entleiher, Depositar unterschlägt bei der Veruntreuung die anvertraute Sache. Nach wie vor handelt es sich aber hier um ein Vermögensdelikt, und niemand wird diese Pflichten als Schutzobjekte bezeichnen. (cf. Doerr S. 52.)

Mit Recht hat ferner Cartier (a. a. O. S. 115) darauf hingewiesen, daß aus der bloßen Bezeichnung „Untreue" nicht sogleich das Schutzobjekt gefolgert werden darf. Denn trotzdem sich das Wesen der Untreue durch Zufügung der Ziffer 2, wie wir noch sehen werden, erheblich geändert hat, ist man bei derselben Bezeichnung des Delikts geblieben, die es im preußischen Strafgesetzbuch hatte, um zu vermeiden, daß einmal eingebürgerte und schwer zu ersetzende termini technici fallen gelassen wurden, weil eine Änderung hierin nur noch neue Unklarheiten gebracht hätte.

Gewiß kann man auch bei der Untreue den obligatorischen Pflichten der Tätersubjekte den Charakter eines Schutzobjektes nicht absprechen; sie haben ja als Motiv für die Kriminalisierung der Handlung dem Gesetzgeber vorgeschwebt. Aber sie sind nur sekundäre Schutzobjekte. In erster Linie bezweckt § 266 einen Schutz des Vermögens; denn gerade in diesem Delikt ist das Vermögen besonders gefährdet, da dem Täter nicht nur eine tatsächliche Verfügungsmacht zusteht wie oft bei anderen Vermögensdelikten, sondern ihm eine rechtliche Verfügungsmacht hier eingeräumt ist.

Für diese Ansicht spricht einmal die technische Anordnung der Untreue im St.G.B. Sie bildet mit dem Betrug zusammen einen Titel; sie wird also in unmittelbarer Folge an ein reines Vermögensdelikt angeschlossen.

Ferner ist die logische Reihenfolge der verletzten Rechtsgüter beim Untreuetatbestand die, daß zunächst ein Angriff auf das Vermögen erfolgt und erst dadurch ein Angriff auf die obligatorisch oder gesetzlich begründete Pflicht, die Vermögensinteressen wahrzunehmen. So wird der Angriff auf das Vermögen erst Voraussetzung der Verletzung. (cf. Cartier S. 115; Doerr S. 52 ff.)

Hiermit hängt eng ein weiteres Argument für unsere Ansicht zusammen, welches Doerr a. a. O. 51, Cartier S. 114, hervorheben, daß nämlich Rechtspflichten deshalb keine primären Schutzobjekte sein können, weil sie immer erst der Rechtsgüter wegen aufgestellt werden; deshalb seien die den Pflichten entsprechenden Rechte, die Vermögensrechte Schutzobjekte der Untreue.

Nun ist der rein vermögensrechtliche Tatbestand von Ziffer 2 unbestritten; Meinungsverschiedenheit herrscht nur über den Charakter des Schutzobjektes in Ziffer 1 und 3 des Delikts. Selbst bei Ziffer 3 sind die Zweifel, welches Objekt geschützt sei, sehr selten und wenig begründet (cf. Rubo Nr. 4 zu § 266). Offensichtlich umfaßt ja auch der amtliche Wirkungskreis der hier genannten Handlungssubjekte nur Handlungen mit Einfluß auf Vermögensstücke.

Sehr streitig ist aber das Schutzobjekt in Ziffer 1, wo von Nachteilen der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen die Rede ist.

H. Meyer (a. a. O. S. 632) und Rubo (a. a. O. Nr. 4 zu § 266) wollen den Tatbestand des Nachteils auch auf die Vernachlässigung der Erziehung und sittlichen Entwicklung ausgedehnt wissen. Ihnen folgt Ammon (a. a. O. S. 44, 45), der die Begriffe Nachteil und Vermögensnachteil, die sich ja beide in § 266 das eine Mal in Absatz 1, das andere in Absatz 2 finden, gegenüberstellt und dann folgert, daß Nachteil ein weiterer Begriff sei, wolle man nicht der Sprache Zwang antun. Ferner führt er aus, es sei zwecklos und überflüssig von dem Gesetz, wenn es bloß eine vermögensrechtliche Benachteiligung ahnden wolle, neben dem Handeln zum Nachteile der der Aufsicht anvertrauten Sachen noch eigens von einem Nachteil den anvertrauten Personen gegenüber zu sprechen.

Diese erweiternde Auslegung ist jedoch abzulehnen. Einmal ist auch in Ziffer 2, deren rein vermögensrechtlichen Charakter wir schon als unbestritten erwähnt haben, nur von einem Nachteil die Rede, statt von einem Vermögensnachteil, wobei freilich eingewandt werden kann, der vorausstehende Begriff Vermögensstücke könne hier als Ergänzung dienen.

Weiter berechtigt der Absatz 2 des § 266 mit seinem Vermögensvorteilsbegriff deshalb nicht zu einem beweiskräftigen Rückschluß, weil man eben so gut der Ansicht sein kann, daß das Gesetz deshalb diesen Begriff gewählt hat, um den qualifizierten Tatbestand hervorzuheben, da im einfachen ja schon ein Vermögensnachteil genügt.

Diese Qualifikation des Delikts in Absatz 2 ist aber noch ein starkes Argument gegen die Ansicht Ammons. Es würde nicht berechtigt sein, die Strafe für Untreue nur wegen Eigennutzes zu erhöhen, wenn Absatz 1 Ziffer 1 auch rein persönliche Benachteiligungen umfassen solle. Dann ließe man die noch schwerer wiegenden, ebenso häufig vorkommenden Motive zu benachteiligenden Vollmachtshandlungen bei den dort genannten Personen wie Haß und Rache, Neid, Mißgunst gänzlich unbeachtet.

Allerdings können auf den ersten Blick aus der Fassung des Gesetzes „anvertraute Personen und Sachen" sich Zweifel ergeben. Binding hat diese treffend beseitigt, wenn er sagt: Diese Alternative erklärt sich daraus, das an erster Stelle dem Vormund das Mündel, als personifizierter Träger sämtlicher dem Vormund anvertrauten Vermögensobjekte, dem Testamentsvollstrecker und Sequester hingegen aber nur Sachen z. B. der Nachlaß oder ein Grundstück anvertraut sind. (II. S. 218.)

Auch das R.G. teilt diese Ansicht Bindings und führt in einem Urteil (cf. 16, 79—81) aus, daß Personen und Sachen deshalb in Ziffer 1 nebeneinander angeführt seien, weil ein Teil der Personen, welche als zu besonderer Treue verpflichtet benannt sind, wie Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter eben nur mit der Sorge für anvertraute Sachen befaßt seien.

Wir fassen also die Untreue in § 266 als reines Vermögensdelikt auf und befinden uns damit in Übereinstimmung mit der Judikatur des R.G. (cf. noch 23, 430; 27, 59) und mit der gemeinen Meinung (cf. Hälschner, Berner, Frank, v. Liszt, Holtzendorff a. a. O.) und Binding, welcher noch als Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht hinzufügt, daß ein über den Rahmen eines Vermögensdelikts hinausgehender krimineller Tatbestand, der das Verschiedenartigste in sich begriffe — z. B. mußte nach der Gegenansicht bei Verkuppelung des Mündels durch den Vormund auch § 266 Ziffer 1 verletzt sein — einfach eine Ungeheuerlichkeit wäre. (Lehrbuch S. 218.)

II. Das Wesen der Untreue.

Eng mit der Frage nach dem Schutzobjekt hängt die Frage nach dem Wesen der Untreue zusammen. Hier haben sich die

Meinungen in der Wissenschaft und Rechtssprechung in zwei Ansichten festgelegt, die sich schroff gegenüberstehen. (cf. z. folgendem Leopold S. 10 ff.)

Auf der einen Seite steht die herrschende Meinung, die auch durch die Judikatur des R.G. unterstützt wird. Sie betrachtet das Wesen der Untreue als Verletzung besonderer Vertrauensverhältnisse und ist der Ansicht, im allgemeinen mache die Verletzung obligatorischer Verhältnisse nur zivilrechtlich haftbar; es müsse sonst ein strafwürdiges Moment hinzukommen, wie es in § 266 der Fall sei, welcher eine besondere Pflicht zur Treue bei verschiedenen Rechtsverhältnissen erfordere. Mehrere Entscheidungen des R.G. haben sich in diesem Sinne ausgesprochen. Z. B. führt das höchste Gericht in 17, 241 folgendes aus: Die Vorschrift des § 266 stellt die Verletzung von Treue und Pflicht in dem Rechtsverhältnisse zwischen Vormund und Mündel zum Schutze des Mündels unter besondere strafrechtliche Verantwortlichkeit, deren innerer Grund eben darin liegt, daß diese besondere Treue und Pflicht verletzt wird; in 38, 363 wird gesagt: das Wesentliche der Straffestsetzung in § 266 Ziffer 2 ist der Vertrauensbruch, also die Verletzung der besonderen, dem Bevollmächtigten obliegenden Pflicht zur Treue; in 14, 184 spricht sich das R.G. dahin aus: der § 266 St.G.B. will nach seiner Entstehungsgeschichte und seinem inneren Grund die Verletzung von Treue und Pflicht unter strafrechtlicher Verantwortung stellen. (cf. in gleichem Sinne urteilend 26, 106; 20, 262.)

Wie wir hieraus ersehen, spielt der Umstand, daß der Täter der Untreue Vertreter ist und rechtlich befugt ist, über das Vermögen des Vertretenen zu verfügen, eine sehr geringe Rolle; dieser Umstand kommt nur als eine Voraussetzung in der Person des Täters in Betracht. Die Handlung ist schon als Untreue zu bestrafen, die ein Täter nicht etwa auf Grund dieser Verfügungsbefugnis allein vorgenommen hat, wenn sie nur als Verletzung der besonderen dem Täter obliegenden Pflicht zur Treue erscheint (cf. Leopold S. 11). Zur Herstellung der Beziehung der Handlung zu der dem Täter zustehenden Verfügungsmacht genügt es, daß die benachteiligende Verfügung nicht außerhalb jedes Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrage steht (R.G. 32, 26). Also genügt schon die tatsächliche Verfügungsmacht, und es bedarf nicht einmal, um das Delikt zu vollenden, der rechtlichen. Der Vormund, der eingegangene Zinsen des Mündelvermögens sich aneignet, begeht aber, und das ist eine Folgerung aus dieser Ansicht, neben der Untreue auch Unterschlagung. Zwischen der Untreue und den übrigen Delikten ist also Ideal-

konkurrenz möglich. Enthält der Treubruch den Tatbestand anderer Vergehen, z. B. des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betrugs, so sind die Grundsätze von der idealen Konkurrenz maßgebend (cf. R.G. E. 3, 283; 7, 349; 16, 347; 32, 30; 38, 363). Eindeutig geht aus allen diesen Entscheidungen hervor, daß das Recht auf Treu und Glauben die dem Täter besonders obliegende Verpflichtung zur Treue in § 266 geschützt werden soll. Nicht mit Unrecht hat man diese Ansicht Treubruchstheorie genannt. (cf. Cartier S. 100.)

Diese Theorie fordert indessen wegen ihrer Mängel zur Kritik heraus.

Besonderes Vertrauensverhältnis und Verpflichtung des Täters zur Treue, die in allen Fällen des § 266 obwalten sollen, sind wie auch Leopold (a. a. O. S. 12) zutreffend betont, einmal so unbestimmte juristische Begriffe, daß man sie auslegungstechnisch garnicht verwenden sollte. Aber selbst, wenn man sie anerkennen will, können sie nur auf Ziffer 1 und 3 Anwendung finden. Hier kann man noch notfalls der Ansicht sein, und ein Hinblick auf die geschichtliche Entwicklung des Delikts verleiht ihr eine gewisse Berechtigung, daß diesen Personen in etwa ein öffentlicher Charakter zukommt, daß sie auch heute noch eine besondere Vertrauensstellung einnehmen und ihnen deshalb eine besondere Pflicht zur Treue in ihren Funktionen obliegt. Auch bei der Straffestsetzung für den ungetreuen Vormund tritt ja dieser Gesichtspunkt in Erscheinung, wo eine Regelung schon in frühen Zeiten des deutschen Strafrechts stattgefunden hat. Man kann auch sagen, daß bis zum Preußischen Strafgesetzbuch die Untreue diese Treubruchsbedeutung gehabt hat, wobei aber nicht zu übersehen ist, daß die praktisch wichtigsten Fälle der Untreue im Allg. Pr. Landrecht ausgeschieden sind und dem Unterschlagungstatbestand unterstellt wurden, z. B. die Aneignung anvertrauter Sachen, weil die Untreue jetzt die neue Aufgabe erhielt, eine Ergänzung der bestehenden Vermögensdelikte zu bilden.

Daß aber das Privatrechtsverhältnis zwischen Bevollmächtigtem und Auftraggeber sich als ein besonderes Vertrauensverhältnis darstellen und eine besondere Pflicht des Bevollmächtigten zur Treue zur Folge haben soll, ist aus mehreren Gründen nicht einzusehen.

Zunächst ist diese Pflicht zur Treue dem Vollmachtsbegriff nicht eigen. Der Begriff der Vollmacht läßt sich dahin fassen, daß sie eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, die Befugnis für einen anderen mit rechtlicher Wirkung rechts-

geschäftlich zu handeln ist. Unterschieden werden muß sie vom Auftrag, der wohl als Grundlage zur Vollmacht in Frage kommen kann, keineswegs jedoch identisch ist mit ihr, wie das die Auffassung des gemeinen Rechts annahm. Nur aus dieser Rechtsauffassung ist auch die Ausdrucksweise in § 266 Auftraggeber-Bevollmächtigte zu verstehen, die unserer Auffassung widerspricht aber nur dasselbe sagen will. Da die Vollmacht kein Vertrag ist, so liegt ihr regelmäßig ein materielles Rechtsverhältnis zu Grunde, z. B. ein Dienst- oder Werkvertrag, oder ein Auftragsvertrag, wiewohl auch eine abstrakte Vollmacht möglich ist. Vollmacht und das zu Grunde liegende Vertragsverhältnis müssen streng auseinander gehalten werden. Jene wirkt, um es einmal kurz so auszudrücken, nach außen, dieses nur nach innen; die Voraussetzungen für beide sind oft sehr verschieden. An einem Beispiel ausgeführt erscheint die Verschiedenheit so: Beim Auftrag eines Grundstückseigentümers an einen Anderen, die Auflassung des Grundstücks herbeizuführen, ist keine besondere Form nötig; durch die Zustimmung des Beauftragten ist der Auftragsvertrag mit seinen Rechten und Pflichten geschlossen. Ehe der Beauftragte aber seinen Auftrag verwirklichen kann, bedarf es jedoch noch einer in grundbuchmäßiger Form auszustellenden Auflassungsvollmacht. Denn das obligatorische Verhältnis regelt nur die inneren Rechtsbeziehungen der Parteien, während für die Wirkung nach außen, also dem Grundbuchamt gegenüber, die Vollmachtserteilung am Platze ist. Die Vollmacht schafft kein Innenverhältnis zwischen den Parteien, sie begründet deshalb auch keine Rechte und Pflichten, sondern sie verleiht dem Bevollmächtigten nur die Befugnis, für den Vollmachtgeber rechtlich wirksam im Rechtsverkehr zu handeln; diese Vollmacht kann unbeschränkt sein oder mit Grenzen erteilt werden.

Festzustellen ist also, daß der Bevollmächtigte zu einer besonderen Treue nicht verpflichtet ist; so urteilen auch Hälschner und Merkel, sonst Anhänger der herrschenden Meinung (cf. a. a. O. S. 392). Hier sagt Hälschner ausdrücklich: Ebenso fiel mit der Aufnahme der Bevollmächtigtenuntreue die Voraussetzung hinweg, daß in allen Fällen der Untreue eine besondere sittliche Beziehung der Parteien und ein Vertrauensbruch vorausgesetzt werde, da dies jedenfalls nicht allgemein bei dem Verhältnis zwischen Bevollmächtigten und Auftraggeber zutrifft. Merkel drückt (a. a. O. S. 782) diesen Gedanken so aus: Das

Verhältnis zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber ist seiner heutigen Gestaltung nach in seiner Allgemeinheit kein spezifisches Vertrauensverhältnis mehr."

Wäre die Verletzung der Treueverpflichtung des Täters der Grund zur Bestrafung wegen Untreue gewesen, hätte man auch die zivilrechtlichen Verhältnisse, in denen ebenfalls von Seiten des einen Vertragsteils dem anderen ein großes Vertrauen geschenkt wird, z. B. beim Auftrag, Leihe- und Hinterlegungsvertrag, ja auch Werk- und Dienstvertrag hierher rechnen müssen; denn es ist nicht zu bezweifeln, daß auch in diesen Rechtsverhältnissen, wo doch die Möglichkeit vorliegt, über Vermögensstücke zu verfugen, beim Vertragsschluß eben das Vertrauen mitbestimmend ist, der andere Teil werde nicht so handeln.

Ein weiterer Vergleich mit diesen Rechtsverhältnissen ermöglicht es uns aber noch, das Wesen der Untreue klarer herauszuarbeiten. Zwischen der Vollmacht und diesen Rechtsverhältnissen besteht nämlich insofern ein grundsätzlicher Unterschied, als diese schuldrechtlichen Verhältnisse nur die tatsächliche Möglichkeit zu Verfügungen verschaffen, die dem anderen Teil Schaden bringen können; während durch die Vollmacht noch viel weitergehend, eine rechtliche Verfügungsbefugnis erteilt wird

Hier wird alles, was der Täter tut, mit der Kraft des Rechts umgeben, und es ist offensichtlich, daß er auf diese Weise sehr leicht in die Versuchung kommen kann, seine Macht zu mißbrauchen und damit den Rechtsverkehr äußerst unsicher zu gestalten.

Dieser Gefahr zu begegnen war Pflicht der Gesetzgebung, und diese Eigenschaft der Vollmacht kann es auch nur gewesen sein, die man zur Grundlage des Untreuedelikts in privaten Rechtsverhältnissen gemacht hat.

Diese Feststellung hat wichtige Folgen für den Umfang des Delikts; sie ist maßgebend für die Beurteilung, welche Handlungen unter diesen Begriff und unter den Tatbestand von § 266 Ziffer 2 fallen. Das Gesetz sagt von der Handlung: Bevollmächtigte, welche verfügen. Dies könnte zu der Annahme berechtigen, daß alle Verfügungen des Bevollmächtigten hierunter fielen; aber selbst die herrschende Meinung macht die Einschränkung, daß nur die Verfügungen getroffen werden sollen, welche nicht außerhalb jedes Zusammenhangs mit der Vollmacht stehen; daß aber bei so unsicheren Begriffen, zumal, wenn man noch den unsicheren Begriff Vertrauensverletzung hinzufügt, große Unklarheit über den Grad der Beziehung der Handlung zur Vollmacht herrscht, ist augenscheinlich.

Die Rechtsprechung des R. G. ist der beste Beweis hierfür. Das Gericht ist der Ansicht, daß Untreuehandlungen eigentlich erst dort geschehen, wo die Vollmacht bereits überschritten ist. So wird deutlich in 14, 184 ausgeführt: daß der Bevollmächtigte dabei unbefugt und unter Überschreitung und Verletzung der Vollmacht handelt, entscheidet nicht, weil das Handeln, welches § 266 Ziff. 2 unter Strafe stellt, stets ein absichtliches Zuwiderhandeln gegen die Vollmacht ist. Diese Ansicht begründet das R. G. damit, daß es sagt: Dem Machthaber gegenüber ist der Beauftragte Bevollmächtigter, auch wenn er Dritten gegenüber als Bevollmächtigter nicht mehr auftreten kann oder darf. In R. G. 32, 26 wird dieser selben Ansicht kurz so Ausdruck gegeben „denn der § 266 Ziff. 2 setzt gerade eine Verletzung der dem Bevollmächtigten obliegenden Pflichten voraus."

Diese Entscheidungen können nur deshalb ergangen sein, weil die Verschiedenheit von Vollmacht und zu Grunde liegendem Rechtsgeschäft unseres Erachtens nicht ganz klar herausgearbeitet sind.

Wir haben schon erwähnt, daß dem Bevollmächtigten aus der Vollmacht keine besonderen Pflichten entstehen, diese nur aus dem materiellen Schuldvertag entspringen. Trotzdem spricht das R. G. von den aus dem Vollmachtsvertrag entspringenden Pflichten des Bevollmächtigten und von einer Verletzung der dem Bevollmächtigtem als solchen obliegenden Pflichten. Diese Pflichten werden aber in den Entscheidungen weiter nicht erörtert; nur die Restitutionspflicht der Sachen, die der Bevollmächtigte erlangt hat, wird erwähnt. (cf. R. G. 14, 84; 17, 241; 32, 30.)

Eine Pflicht des Bevollmächtigten könnte es höchstens sein, die Vollmacht, als äußere Legitimation, nicht zu mißbrauchen, obwohl sie auch nicht dem Vollmachtsverhältnis eigen ist, sondern aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis hergeleitet werden muß. Nur insofern ist die Verpflichtung etwas besonderes, als es sonstigen Verhältnissen an der rechtlichen Verfügungsbefugnis gerade mangelt. Denn alle Handlungen des Bevollmächtigten, die er kraft Rechts vornimmt, mögen sie nun den Vollmachtgeber benachteiligen oder ihm nützen, sind rechtlich verpflichtend für ihn, nur mit der Einschränkung, daß die Verfügungen nicht aus dem Rahmen der Vollmacht herausfallen dürfen.

Mißbraucht der Bevollmächtigte seine Vollmacht in dem Rahmen dieser, so begeht er Untreue; denn er war berechtigt, im Rahmen dieser Vollmacht rechtlich wirksam zu handeln; handelt

er in diesen Grenzen absichtlich zum Nachteil seines Herrn, so macht er sich strafbar. Nur mit dieser Einschränkung ist der Untreueparagraph anwendbar.

Geht der Täter über die Grenzen der Vollmacht hinaus und begeht dann eine strafbare Handlung, z. B. eine Aneignung von Sachen, so wird diese Handlung eben zur gewöhnlichen Unterschlagung, weil jetzt das wesentliche Merkmal fehlt, nämlich die Vollmacht, die kraft Rechtens vorgenommene Befugnis.

Auch eine andere Erwägung stützt unsere Ansicht. Das R. G. und die herrschende Lehre verlangen als Voraussetzung für die Anwendung von § 266 Ziff. 2 eine rechtliche Vertretungsmacht des Täters. In Rechtsprechung 9, 356 redet das R. G. von Übertragung von Rechtsgeschäften für eine andere Person und von ihrer Übernahme (cf. R. G. 15, 21); in einer weiteren Entscheidung (cf. R. G. 19, 271) wird ausgeführt: der Begriff des Bevollmächtigten im Sinne der angezogenen Gesetzesvorschrift setzt das Bestehen einer privatrechtlichen Vertretungsbefugnis, der rechtlich begründeten Befugnis zur Vertretung fremden Vermögens, voraus.

Mit Recht wird hier der Ansicht Ausdruck gegeben, daß nicht tatsächliche Handlungen, sondern nur rechtsgeschäftliche Verfügungen unter den Begriff Bevollmächtigtenuntreue fallen, denn sonst kann der Bevollmächtigte (cf. auch R. G. R. 5, 21) eben nicht „als Bevollmächtigter" handeln. Die Wirksamkeit bloßer Rechtshandlungen für einen anderen und eine Vertretung in rein tatsächlichen Handlungen sind vom geltenden Recht nicht anerkannt und können sich deshalb auch nicht als Mißbrauch einer rechtlichen Verfügungsmacht darstellen. Im Gegensatz zu dieser eigenen Ansicht straft aber der höchste Gerichtshof als Untreuehandlungen tatsächliche Handlungen und Verfügungen. (cf. R. G. 16, 241; 32, 30.) Diese Rechtsprechung schafft eine große Unklarheit und Unsicherheit; sie gibt Platz für eine bunte Mannigfaltigkeit der rechtlichen Beurteilung da, wo Einheit und Klarheit herrschen sollten.

Auch ein Vergleich des Untreuedelikts mit den übrigen Vermögensdelikten des St. G. B. setzt uns in die Lage, das unseres Erachtens richtige Wesen der Untreue zu erkennen.

Ihrer äußeren Stellung nach im System erscheint die Untreue im Gesetz als Annex des Betrugs, ohne daß jedoch zwischen diesen Delikten eine nähere Verwandtschaft bestände, als die, daß alle Vermögensverbrechen die Beschädigung des Vermögens zum Objekt haben. Eine nahe Verwandtschaft zu der Unterschlagungshandlung ist jedoch leicht zu erkennen, und diese Er-

kenntnis wird noch geklärt durch einen Blick auf die geschichtliche Entwicklung der Delikte. Wir sehen dort, wie der Unterschlagungsbegriff seine letzte Fassung erhalten hat als widerrechtliche Zueignung fremder beweglicher Sachen, die der Täter in Besitz oder Gewahrsam hat oder die ihm anvertraut wurden. Die Unterschlagungshandlung erstreckt sich also nur auf fremde bewegliche Sachen. Damit werden aber wichtige mögliche Bestandteile eines Vermögens, nämlich Forderungen und Liegenschaften, nicht schützend vom Gesetz erfaßt. Deshalb ist, um einen wirksamen und vollständigen Strafrechtsschutz für das Vermögen zu schaffen, der Tatbestand der Bevollmächtigtenuntreue in das Gesetz eingefügt worden, der eine Aneignung von Forderungen und unbeweglichen Sachen, die widerrechtlich von einem Bevollmächtigten geschehen ist, jetzt strafrechtlich erfaßt.

Soll der Untreuetatbestand aber allen Anforderungen genügen, muß er sämtliche in Frage kommenden nachteiligen Verfügungen mit ihrem Tatbestand umfassen, also die Verfügungen über Forderungen und begrenzte dingliche Rechte sowie über Grundstücke. An Grundstücken und begrenzten dinglichen Rechten ist eine tatsächliche Verfügung nicht möglich; denn die Wirksamkeit rechtlicher Verfügungen ist im Grundrechtsverkehr immer an die Eintragung gebunden, die nur vom Berechtigten oder mit seiner Einwilligung veranlaßt werden kann. Diese kann er aber einem legitimierten Bevollmächtigten so übertragen, daß dieser für ihn über sein Grundstück oder daraufbezügliche Rechte verfügen kann. Überschreitet der Bevollmächtigte seine Vollmacht, so können keine rechtlichen Veränderungen erfolgen.

Ähnlich verhält es sich mit den begrenzten dinglichen Rechten, wie Reallast und Dienstbarkeiten.

Für bewegliche Sachen kommen hier nur Pfandrecht und Nießbrauchrecht vor, über die aber auch regelmäßig nur auf Grund einer Vollmacht verfügt werden kann.

Von den Forderungen müssen wir die ausschalten, die in einem Wertpapier sich verkörpern, da an diesen als bewegliche Sache eine Unterschlagung begangen werden kann.

Dagegen gehören die Forderungen in den Kreis unserer Betrachtung, die ohne eine solche Verkörperung Jemandem zustehen. Denn an ihnen sind nie tatsächliche Verfügungen denkbar, sondern nur rechtliche Verfügungen, die auf Grund einer gültigen Vollmacht vorgenommen werden können; sie sind sonst ungültig, weil ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen und eine gutgläubige Erfüllung des Schuldners an einen Unberechtigten im geltenden Recht nicht anerkannt ist.

Aus dieser Betrachtung folgt, daß also in § 266 Ziff. 2 Rechtsverhältnisse strafrechtlich geschützt werden, die es sonst nicht wären.

Aus dieser Feststellung ist aber nur die einzig mögliche Folgerung zu ziehen, daß die Bevollmächtigtenuntreue nur in der eigenen Form und Grenze begehrbar ist, sich somit anderen strafrechtlichen Tatbeständen gegenüber ganz selbständig darstellt und mit ihnen nicht in Idealkonkurrenz begangen werden kann.

Wie schon erwähnt tritt das R. G. dieser Ansicht entgegen, wenn es sagt: Enthält der Treubruch den Tatbestand anderer Vergehen, wie des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betrugs, so sind die Grundsätze von der idealen Konkurrenz maßgebend. (cf. nur R. G. E. 3, 283.)

Die Untreue des Bevollmächtigten kann aber auch deshalb nicht als Unterschlagung usw. begangen werden, weil die Vollmacht nie auf die Verübung eines Verbrechens sich erstrecken wird. Handelt der Täter also so, daß er diese anderen Tatbestände erfüllt, so entfällt die Möglichkeit einer Untreuehandlung.

Zu berücksichtigen ist ferner, daß es sich bei diesen Delikten nur um rein tatsächliche Handlungen handelt, die Vollmacht hingegen eine Vornahme von Rechtsgeschäften gestattet. Nur bei der Unterschlagungshandlung kann die Zueignung auch in einer rechtlichen Verfügung bestehen. Jedoch wäre, wenn hiermit zugleich der Untreuetatbestand erfüllt sein sollte, die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit nicht gegeben, da sich die Aneignungshandlung auf eine dem Täter rechtlich gewährte Befugnis stützt und § 246 damit entfiele.

Ein Zusammentreffen von Untreue mit einem anderen Vermögensdelikt ist also ausgeschlossen und Idealkonkurrenz nicht möglich.

Damit erfüllt der Untreuetatbestand eine Forderung für jede Strafgesetzgebung, daß Tatbestände sich nicht gegenseitig durchkreuzen sollen, sondern systematisch aneinander gereiht werden müssen. Ist diese Forderung erfüllt, dann wird die praktische Anwendung der Gesetzesbestimmungen erleichtert, und Unklarheiten und Unsicherheit in der Rechtsprechung werden vermieden. Mit Recht rügt Binding (cf. Handbuch S. 363): Tatbestände, die sich als Ausschnitt aus einer großen Zahl anderer darstellen, zugleich aber auch ein Stück über sie hinausragen, sind technisch völlig mißlungen. Dies würde der Untreuetatbestand sein, wenn

die Ansicht des R. G. richtig wäre und die Untreue als Treubruch noch als Unterschlagung, Sachbeschädigung und Betrug verübt werden könnte."

Als Mißbrauch rechtlicher Vertretungsbefugnis wird die Untreue auch den Erwägungen in den Motiven zum St. G. B. gerecht, nach denen die Bevollmächtigtenuntreue dem Zwecke der Ergänzung dienen sollte.

Die volle Selbständigkeit der Untreuehandlung, herbeigeführt durch das besondere Angriffsmittel, Mißbrauch rechtlicher Verfügungsmacht, und die dadurch bestimmte Unmöglichkeit einer Idealkonkurrenz hat Binding, was wir hier als Schlußbetrachtung erwähnen wollen, auf folgende Weise erklärt (a. a. O.): Die einfachen Verbrechenstypen traten dem Gesetzgeber am frühesten klar vor das Auge. Zur Aufstellung der verwickelteren Begriffe schreitet er erst dann, wenn sich die Unzulänglichkeit der einfacheren ergeben hat. Seine Absicht ist dann regelmäßig, das Gebiet des komplizierten Verbrechens da beginnen zu lassen, wo das einfachere aufhört. Das Vergehen der Untreue ist nur da anzunehmen, wo eine Veruntreuung nicht vorliegt."

Dieser Ansicht ist vollauf zuzustimmen; wenn das Gesetz neue Tatbestände aufstellt, so will es etwas Neues von dem bisherigen Rechtszustand scharf Geschiedenes schaffen, weil jenes als unzureichend erkannt wurde. Der neue Tatbestand trägt dann den Charakter der Ergänzung an sich, und das verleiht ihm seine Daseinsberechtigung. Will er aber noch in das Geltungsgebiet anderer Tatbestände übergreifen, so ist das verfehlt. Wir haben keine Veranlassung, § 266 diese Ergänzungseigenschaft abzusprechen und anzunehmen, daß er über die Begehungsweise der übrigen Vermögensverbrechen hinausgehe.

Wir haben bisher nur § 266 Ziff. 2 zum Gegenstand unserer Betrachtung gemacht. Es wurde zu zeigen versucht, daß durch Einführung dieser strafbaren Bevollmächtigtenuntreue in den alten Untreueparagraphen sich eine ganz andere Auffassung vom Wesen des Untreuedelikts ergab, daß von einem „Treubruch" jetzt nicht mehr gesprochen werden kann und die Folgerungen, die die herrschende Meinung und die Reichsgerichtspraxis aus dieser These ziehen, verfehlt sind; nur der Mißbrauch der rechtlichen Macht zum Verfügen macht das charakteristische Wesen des Delikts aus.

Die grundlegende und entscheidende Erkenntnis kann für die Untreuefälle in Ziff. 1 nicht ohne Folgen bleiben. In dieser Ziffer werden die Untreuefälle in Verhältnissen mit öffentlichem Charakter geregelt. Es ist nicht abzuleugnen, daß der Gesichtspunkt

des Vertrauensbruchs, wie aus der Geschichte hervorgeht, bei Schaffung dieses Delikts eine Rolle gespielt hat. Aber auch das Wesen dieser Fälle ist durch Einfügung von Ziff. 2 grundlegend geändert worden. In Ziff. 2 ist jetzt der neue Deliktsbegriff enthalten, mit dem die Tatbegriffe bei den übrigen Verhältnissen des Delikts nicht in Widersprüchen stehen dürfen.

In Ziff. 1 handelt es sich gleich wie in Ziff. 2 um eine rechtliche Macht und Befugnis, über fremde Vermögen zu verfügen. Vormund und Bevollmächtigter üben eine Vertretungsmacht aus, die sich in ihrem Wesen und Inhalt nicht voneinander unterscheidet, nur darin unterschiedlich ist, daß der Ursprung bei der einen das Gesetz und bei der anderen das Rechtsgeschäft ist, sowie darin, daß der Umfang der Machtstellung ganz verschieden sein kann. Man könnte denken, die Fassung der Deliktshandlung in Ziff. 1 und 2 stände dieser Ansicht entgegen; denn in Ziff. 1 ist von einem zum Nachteil Handeln und in Ziff. 2 von einem Verfügen die Rede. Dieser Widerspruch ist jedoch nur scheinbar; und die Möglichkeit eines tatsächlichen Handelns als genügende Deliktshandlung in Ziff. 1 entfällt bei der Betrachtung, daß in beiden Fällen die rechtliche Vertretungsmacht nicht nur Befugnis gibt zu Verfügungen, sondern überhaupt zum rechtlichen Handeln für ein fremdes Vermögen, und daß bei einem Handeln von Tätern, die diese besondere Vollmachtsmachtstellung haben, die Beschränkung auf rechtliches Tun unerläßlich ist. Aus diesen Gründen sind die Grundsätze, die für die Bevollmächtigtenuntreue aufgestellt wurden, auf die Untreue des Vormundes und der übrigen Tätersubjekte in Ziff. 1 anzuwenden. Damit erleidet die Untreue im Vormundschaftsverhältnis gegenüber der jetzigen Rechtsprechung eine Einschränkung; auch hier wird das Delikt zu einer bloßen Ergänzung der übrigen Vermögensverbrechen, damit aber selbständig und unabhängig, sodaß es nur in seiner Begehungsform nicht aber noch als Unterschlagung, Betrug oder Sachbeschädigung vom Täter begangen werden kann. (cf R. G. R. 10, 251; G. A. 46 S. 449; 44 S. 149.)

Den in Ziff. 3 angeführten Personen fehlt es im Gegensatz zu Ziff. 1 im allgemeinen an der rechtlichen Verfügungsgewalt, einer der Voraussetzungen der Untreue, diese ist höchstens für die Mäkler und Versteigerer zu bejahen. Das hat dazu geführt, daß man die Fälle der Ziff. 3 als „unechte" Untreuehandlung bezeichnet hat, die einmal eine sehr geringe praktische Bedeutung haben, und dann von den Untreuehandlungen in den beiden anderen Ziffern in ihrem Wesen auch ganz verschieden sind. Binding glaubt mit Recht, ohne Bedenken sie von Ziff. 1 und 2 und deren

Handlungen völlig loslösen zu können. (cf. Lehrbuch S. 398.) Wir werden noch bei der Betrachtung der Subjekte und Handlungen auf Ziff. 3 zurückkommen.

III. Die Subjekte der Handlung.

Nach dieser mehr prinzipiellen Erörterung wenden wir uns jetzt der Betrachtung der Subjekte des Delikts zu, die nach den 3 Ziffern des Gesetzes in 3 Kategorien zerfallen.

In Ziff. 1 werden angeführt: Vormünder, Curatoren, Güterpfleger, Sequester und Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen.

Der Vormund ist eine Person, die das Recht und die Pflicht hat, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere das Mündel rechtswirksam zu vertreten. (B. G. B. § 1793.) Gleicherweise sind hier Vormünder von Minderjährigen und Vormünder von entmündigten Volljährigen zu verstehen. (B. G. B. 1896 ff.) Das Amt des Vormundes nimmt seinen Anfang mit der Bestellung durch das Vormundschaftsgericht. Das Amt endigt mit Tod und Entlassung, sowie, wenn die Voraussetzungen des § 1773 B. G. B. entfallen. (cf. B. G. B. §§ 1773, 1792, 1882 ff.) Nur bei Lebzeiten des Mündels kann der Vormund amtieren. (cf. R. G. R. 2, 623.) Zu den Vormündern gehört auch der Gegenvormund. Er hat im Gegensatz zum Vormund im wesentlichen nur die Stellung einer Aufsichtsperson und wird nur bei bedeutenden Vermögensverwaltungen bestellt. In wichtigen, im Gesetz einzeln aufgeführten Angelegenheiten, z. B. bei Inventarisierung des Mündelgutes, bei Rechnungslegung über die Verwaltung muß er zusammen mit dem Vormund handeln. Für die Bestellung des Gegenvormundes und für die Beendigung seines Amtes kommen die gleichen Grundsätze in Frage, wie für den Vormund. (cf. R. G. E. 2, 345; Olshausen II. § 266, 4a; Binding Lehrbuch I S. 399, Draheim S. 20.) Der nach §§ 1687, 88 B. G. B. bestellte Beistand der Mutter ist nicht als Vormund anzusehen. (cf. R. G. 35, 338.)

Der Begriff „Curator" ist ohne weiteres aus § 246 des St. G. B. für Preußen mit in das R. St. G. B. übernommen worden; er bestimmt sich deshalb nach der Zivilgesetzgebung Preußens der damaligen Zeit. Eine Reichsgerichtsentscheidung gefällt noch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts (cf. R. G. 24, 109) besagt, daß Curator im St. G. B. im technischen Sinne gebraucht sei und ein Schutzverhältnis kraft Gesetzes voraussetze. Curatoren seien im Gegensatz zu Vormündern diejenigen Personen, welchen nicht die allgemeine Fürsorge für Person und Vermögen ihrer Schutzbefohlenen, sondern die Wahrung spezieller und vorwiegend

sachlicher Interessen übertragen ist. Das Wesentliche der Stellung des Kurators liegt also darin, daß er für ein Vermögensinteresse als solches zu sorgen hat. (cf. Z. P. O. §§ 779 und 57.) Deshalb ist der Pfleger des B. G. B. §§ 1909—1914 als Kurator anzusehen, da das B. G. B. den Ausdruck Kurator nicht mehr kennt. Nach E. G. zum B. G. B. Art. 210 ist die Pflegschaft eine Fürsorge, die im Auftrage der Obrigkeit minderjährigen oder volljährigen Personen, sowie unbekannten Interessen gewidmet wird, wenn die nötigen Voraussetzungen dafür gegeben sind.

Der Kurator einer Sparkasse ist nicht im Sinne des § 266 Ziff. 1 als Kurator anzusehen; der Beistand einer Mutter nur dann, wenn ihm gemäß § 1693 B. G. B. die Stellung eines Pflegers zukommt.

Der Begriff Güterpfleger muß ebenfalls im Sinne des bürgerlichen Rechts nach den Bestimmungen der §§ 1909—1914 ausgelegt werden.

Ausdruck und Begriff Sequester sind gleichfalls aus dem preußischen Recht mit in das neue Gesetz übernommen worden. Unter Sequester ist eine durch die Obrigkeit bestellte Person zu verstehen, die mit der Verwahrung und Verwaltung beweglicher oder unbeweglicher Sachen betraut ist. Im geltenden Recht findet sich der Begriff noch in einigen Paragraphen der Z. P. O., so in §§ 848, 855, 938. Er wird jetzt ersetzt durch den Begriff Verwalter, der Eingang in das Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von 1897 gefunden hat (cf. dort §§ 150, 152, 154). Ein Verwalter dieser Art ist vom Gericht bestellt. Er hat das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Zustand zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen; weiterhin muß er die Ansprüche, auf welche sich die Beschlagnahme erstreckt, geltend machen und die entbehrlichen Nutzungen in Geld umsetzen; ferner liegt ihm nach der Beendigung der ganzen oder der jahresverwaltung eine Rechnungslegung ob.

Als Massenverwalter erscheint nach geltendem Recht der Konkursverwalter, der ebenfalls vom Gericht bestellt ist und eine öffentlich-rechtliche Funktion inne hat. So auch R. G. 26, 107. Er leitet seine Befugnis nicht von den Gemeinschuldnern ab, sondern ist ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ. Er ist bestellt, um kraft Gesetzes für Wahrnehmung rechtlicher Interessen, namentlich fremder Vermögensinteressen zu sorgen; daher ist er nicht Bevollmächtigter, der unter Ziff. 2 fiele, sondern er gehört ausschließlich zu den in Ziff. 1 genannten Personen. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind keine Massenverwalter, wie sie auch nicht unter den Begriff Kuratoren fallen. (cf. R. G.

39, 383.) Ferner ist zu beachten, daß der Konkursverwalter meist Vertreter privatrechtlicher Interessen im Recht ist, er ist deshalb auch kein Beamter, mag ihm auch der Staat durch manche Bestimmungen eine öffentliche Funktion geschaffen haben. Die Folge hiervon ist, daß die Untreue des Konkursverwalters sich nicht als ein Amtsdelikt darstellen kann, sondern nur ein Delikt sui generis ist.

Vollstrecker letztwilliger Verfügungen sind diejenigen Personen, die den letzten Willen eines Verstorbenen zur Ausführung bringen sollen. Nach dem geltenden Recht B. G. B. §§ 2197 ff. heißen sie jetzt Testamentsvollstrecker. Ihre Aufgabe beginnt, sobald sie dieselbe annehmen, und ihre Funktion erlischt mit dem Tode oder ihrer Entlassung, sowie aus den in § 2201 B. G. B. genannten Gründen oder durch Kündigung von Seiten des Testamentsvollstreckers selbst.

Die letzte Subjektsgruppe ist die der Stiftungsverwalter. Da die Fassung des Gesetzes ohne Einschränkung ist, können hier Verwalter von Stiftungen des Privatrechts (cf. B. G. B. §§ 80 ff.) oder von solchen des öffentlichen Rechts (Landesrecht) in Frage kommen. Unter Stiftung ist ein zu einem bestimmten Zweck von längerer Dauer mit staatlicher Genehmigung gewidmetes Vermögen zu verstehen. Jede Stiftung muß einen Vorstand haben, der gemäß der Verfassung sie gerichtlich und außergerichtlich vertritt und verwaltet.

Aus Ziff. 1, der sich jedes eine Erweiterung andeutenden Zusatzes enthält (cf. dagegen Ziff. 3) muß geschlossen werden, daß diese Aufzählung der Tätersubjekte erschöpfend ist und dieser Personenkreis in der Rechtsprechung nicht durch Analogie erweitert werden soll. Doch hat die Gesetzgebung bei dem sich immer mehr einstellenden Bedürfnis in strafrechtlichen Nebengesetzen eine Menge gesetzlicher Analogien erlassen, wo sich die fraglichen Personen an Ziff. 1 § 266 anreihen. (cf. hierzu die ausführliche Darstellung bei Cartier S. 7—8.) Nicht unter Ziff. 1 fallen und damit nicht wegen Untreue strafrechtlich zu verfolgen sind die Inhaber der elterlichen Gewalt als solche und der Ehemann als Verwalter des eingebrachten Gutes der Frau (cf. Binding Lehrbuch I S. 399.)

Von großer Wichtigkeit ist noch die Frage, wie bei diesen Tätersubjekten ihre Untreuedeliktsfähigkeit sich gestaltet, wenn rechtliche Voraussetzungen für ihre Stellung fehlen oder unvollkommen sind; ferner von welchem Einfluß die Dauer ihrer Funktion ist. Es ist einleuchtend, daß eine Untreuehandlung eines Vormundes nicht vorliegen kann, wenn die rechtlichen Vor-

aussetzungen für seine Stellung ganz fehlen oder zwar formell bestehen, materiell jedoch unbegründet sind. Hier kann bei benachteiligenden Handlungen nur Betrug oder Unterschlagung oder ein anderes Vermögensdelikt in Frage kommen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang noch der Unterschied zwischen § 1780 und § 1781 B.G.B. Nach § 1780 z. B. ist die Bestellung des Vormundes nichtig, da er nicht in gültiger Weise eingesetzt ist; während bei § 1781 nur gegen eine Sollvorschrift verstoßen ist, welche die Gültigkeit der Vormundschaft, die rechtliche Befugnis, über fremde Vermögen zu verfügen, nicht beeinträchtigen und eine Untreuehandlung demzufolge möglich ist.

Was die Dauer der strafrechtlichen Haftbarkeit angeht, so ist die Frage, ob z. B. der Vormund noch Untreue begehen kann, wenn er aus seiner Stellung ausgeschieden ist, solange zu bejahen, als das Vormundschaftsverhältnis in einzelnen Beziehungen noch andauert, z. B. B.G.B. §§ 1890, 93 (cf. Frank a. a. O. S. 294; Binding Lehrbuch I. S. 402; Leopold a. a. O. S. 35). Hier erlischt die Vollmacht, aber für gewisse Beziehungen bleibt die Vertretungsmacht die rechtliche Verfügungsbefugnis des bisherigen Bevollmächtigten (cf. § 1890: bisheriger Vormund) bestehen (cf. B.G.B. §§ 169—173).

Dies gilt jedoch keineswegs generell, sondern nur für die gesetzlich geregelten Fälle, sodaß das bürgerliche Recht hier allein ausschlaggebend ist. Nach R. G. 45, 434 dauert das Vormundschaftsverhältnis weiter bezüglich solcher Vermögensstücke des ehemaligen Mündels, die der Vormund während der Vormundschaft erhalten hat, sowie bezüglich solcher, die er später erhalten hat, wenn ihm beim Empfang die Beendigung seines Amtes noch unbekannt war.

Ziffer 2 St.G.B. § 266 erstreckt sich im Gegensatz zu den Personen der Ziffer 1, die mehr oder weniger mit Ausnahme des Testamentsvollstreckers, einen öffentlich rechtlichen Charakter aufweisen, auf solche Personen, die als Bevollmächtigte zum Nachteil des Auftraggebers handeln, mithin einen rein privatrechtlichen Wesenszug inne haben. Binding nennt sie treffend „gewillkürte" Subjekte (a. a. O. S. 220), da ihre Inanspruchnahme dem freien Ermessen unterliegt, während die Personen der Ziffer 1 und 3 bald unter Mitwirkung der Behörden bestellt werden, bald in beschränkter Anzahl den Privaten zur Verfügung stehen.

Wir haben schon bei den prinzipiellen Erörterungen die Begriffe Bevollmächtigter und Auftraggeber erklärt und gesehen, daß im heutigen Recht Vollmacht und Auftrag scharf voneinander

zu trennen sind, gegensätzlich zum römischen Recht, wo Vollmacht und Auftrag gemeinsam als mandatum bezeichnet werden, eine Auffassung, welche erst Wissenschaft und Praxis des späteren gemeinen Rechts berichtigt haben. Daß in der Regel die Vollmacht auf einem Auftragsverhältnis beruht, darf nicht zu der Annahme verleiten, daß nur eine solche Vertretungsmacht in Betracht kommt, die auf einem Auftrag beruht, sondern es kommen auch Dienst-, Werk- oder Gesellschaftsvertrag als zugrunde liegendes Rechtsgeschäft in Frage, die der Vollmacht ihre Entstehung verschaffen, wie ja sogar eine abstrakte Vollmacht denkbar ist. Man kann höchstens aus dem Worte Auftraggeber schließen, wie es auch die gemeine Meinung und Cartier (a. a. O. S. 11) tun, daß die Vertretungsmacht auf einem freien Willensakt des Vollmachtsgebers beruhe, auf einem Rechtsgeschäft also, was aber wie Leopold (a. a. O. S. 28) mit Recht bemerkt, schon aus dem Begriffe der Vollmacht zu folgern ist. Die Vertretungs- und Verfügungsmacht muß also auf einem Rechtsgeschäft beruhen. Die Vollmacht ist dann die Befugnis für einen anderen, rechtlich zu handeln und zwar für unser Delikt als Vermögensdelikt über fremdes Vermögen rechtlich zu verfügen. Auch das R.G. fordert (cf. R.G.E. 7, 377; 11, 241) Übertragung und Übernahme von Rechtsgeschäften für eine andere Person. § 266 Ziffer 2 setzt also den Vollmachtsauftrag voraus, für den Auftraggeber Rechtsgeschäfte abzuschließen. Wenn diese Rechtsgeschäfte im Namen des Vollmachtgebers abgeschlossen werden, also direkte Stellvertretung vorliegt, ist offensichtlich, daß bei einem Mißbrauch Ziffer 2 Anwendung findet; denn das bürgerliche Recht beschränkt ausdrücklich den Namen Vollmacht auf die Fälle, in denen ein Bevollmächtigter für einen Anderen und in dessen Namen Rechtsgeschäfte vornimmt, § 164 B. G. B. (so auch R. G. Z. 53, 274). In dieser Entscheidung heißt es: Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft von jemand erteilte Macht, in dessen Namen Rechtshandlungen vorzunehmen. Zweifelhaft könnte aber doch sein, ob der sogenannte indirekte Stellvertreter, der als Bevollmächtigter für den Machtgeber, aber in eignem Namen handelt, gegebenenfalls unter Ziffer 2 subsummierbar sei. Diese Stellung des indirekten Vertreters hat das R.G. in der schon oben zitierten Entscheidung dahin erläutert, daß von der direkten Stellvertretung zu unterscheiden sei, was in der neueren gemeinrechtlichen Theorie als Ermächtigung bezeichnet werde, und was nach §§ 182, 183, 185 B.G.B. neben anderen unter den Begriff der Einwilligung fällt, nämlich die im voraus einem anderen erklärte Zustimmung dazu, daß dieser durch Rechtshandlungen, die er in eigenem

Namen vornehmen werde, über ein Recht des Zustimmenden verfüge (cf. § 185 Abs. 1 B.G.B). Nach § 185 B.G.B. ist eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand, Sache oder Forderung trifft, dann wirksam, wenn sie mit der Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Wenn also der Vertreter von dem Vertretenen zu einem Handeln in eigenem Namen ermächtigt ist, liegt diese Einwilligung des Gesetzes vor. Hieraus ist zu folgern, daß der Machtgeber die von dem Vertreter vorgenommenen Verfügungen für sich gelten lassen muß und in Wirklichkeit ein Unterschied nicht besteht zwischen ihr und der Vollmacht im eigentlichen Sinne, der eine unterschiedliche strafrechtliche Behandlung nach Ziffer 2 § 266 rechtfertigen würde, zumal die Gefahr für den Machtgeber, geschädigt zu werden, die gleich große ist. Derselben Ansicht ist auch die gemeine Meinung und die Rechtsprechung (R.G. E. 7, 377).

Außer den Vollmachten, die auf einem Rechtsgeschäft beruhen, gibt es auch solche, deren Inhalt und notwendiger Umfang auf dem Gesetz beruhen. Hier kommen in Frage die verschiedenen Arten der Handlungsvollmacht (cf. §§ 54 ff. H.G.B.) und die Prokura (§§ 49 ff. H.G.B.). Sämtliche Träger dieser Vollmachten sind taugliche Subjekte der Untreuehandlung in Ziffer 2 § 266 (cf. R.G. 43, 432); gerade deshalb, weil im konkreten Falle der Bevollmächtigte im Interesse seines Geschäftsherrn verpflichtet wäre, von seinem Auftrage abzuweichen und trotzdem absichtlich entgegen dieser Verpflichtung zum Nachteil handelt.

In diesen Rahmen fallen ferner die Vorstands- und Aufsichtsratmitglieder einer A.G. oder einer eingetragenen Genossenschaft; ebenso die Liquidatoren einer aufgelösten oder in Konkurs geratenen Genossenschaft (cf. RG. E. 19, 271; 23, 315; 7, 279). Mit Recht erklärt in diesen Entscheidungen das R.G. die nicht von der Vertretung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafter (cf. § 125 H.G.B.) als taugliche Subjekte der Ziffer 2. Es ist wohl richtig, daß die Vollmacht der Handelsgesellschafter auf dem Gesetze beruht, aber es ist nicht angängig, daraus zu folgern, die Vertretungsmacht beruhe lediglich auf dem Umstande, daß auf Grund des Gesetzes die Gesellschafter sich zusammen schließen und hierdurch der Charakter einer gesetzlichen Vertretung im Gegensatz zu einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht entstehe. Unberücksichtigt bleibt nämlich bei dieser Argumentation, daß im Gesetz ausdrücklich gesagt ist: soweit sie nicht durch den Gesellschaftsvertrag im allgemeinen von der Vertretung ausgeschlossen sind. Dadurch wird einmal betont, daß grundsätzlich die Vollmacht doch von einem Rechtsgeschäft, nämlich dem Gesellschafts-

vertrag, im Entstehen abhängig ist und zum anderen die Nichtausschließung eines Gesellschafters denselben Wert hat, wie eine Übertragung der Bevollmächtigtenbefugnis. Vollmachtgeber sind hierbei die Gesamtheit der Gesellschafter.

Damit glauben wir die Ansicht Ammons (a. a. O. S. 61), die sich auch bei Binding (cf. Lehrbuch S. 399), Draheim (a. a. O. S. 25, Anm. 3), Cartier (a. a. O. S. 12) findet, widerlegt zu haben. Ammon ist der Ansicht, daß die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft von dem Bevollmächtigten der Ziffer 2 § 266 ausgeschieden werden müßten: weil sich im Sinne des Zivilrechts sowohl Vollmacht als Auftrag begrifflich nur auf eine freie Willenserklärung des Geschäftsherrn, nicht aber, wie es bei diesen Gesellschaftern der Fall wäre, auf das Gesetz gründen könnte. Zu unserer Auffassung cf. Olshausen (a. a. O. § 266 Nr. 6), Frank (a. a. O. § 266 II 2).

Das R.G. hat auch die Beamten als taugliche Tätersubjekte der Ziffer 2 erklärt (cf. R.G. 15, 41) mit der Begründung, daß § 266 Ziffer 2 nur allgemein von Bevollmächtigten spreche und außerdem bei den Funktionen der Beamten die obrigkeitliche, technische und wirtschaftliche Seite zu unterscheiden sei, wobei bei der letzteren, da ein genereller Auftrag zur Geschäftsführung von Seiten des Dienstherrn, des Staates, vorliege, recht gut Bevollmächtigtenuntreue eintreten könne und strafbedürftig sei.

So berechtigt der Kern dieser Anschauung ist, so darf doch nicht übersehen werden, daß das Amt des Beamten und damit seine Verfügungsmacht in den gegebenen Fällen auf einem Rechtsgeschäft beruht, auf welches die Grundsätze des Zivilrechts zumindest nicht angewandt werden können. Weiter ist zu berücksichtigen, daß in §§ 331 ff. das Strafgesetz für Beamte schon scharfe Strafbestimmungen geschaffen hat, die als qualifizierte Delikte zur Ahndung im großen und ganzen genügen, und daß, hätte die Untreue des Beamten durch § 266 erfaßt werden sollen, dann jedenfalls Ziffer 1 durch einen entsprechenden Zusatz hätte erweitert werden können, da in Ziffer 1 ja eine ganze Reihe Personen öffentlich rechtlichen Charakters als Tätersubjekte angeführt sind.

Das R.G. benutzt noch die Stellung des Gerichtsvollziehers, um seine Ansicht zu stützen, der, wie allgemein anerkannt ist, taugliches Subjekt der Ziffer 2 sein kann. Dieser Umstand hat seinen Grund aber nicht in dem Beamtencharakter des Gerichtsvollziehers, dem zufolge er nur bei spezifischen Verbrechen im Amt den allgemeinen Strafbestimmungen unterliegt, sondern in der Möglichkeit, daß der Gerichtsvollzieher, wie es meistens der

Fall ist, in einem Privatrechtsverhältnis zu dem Gläubiger stehen kann, für den er handelt, und daß er bei der Zustellung und Zwangsvollstreckung z. B. Bevollmächtigter ist (cf. Z.P.O. § 754; B.G.B. § 164; R.G. 16, 397). Gleicher Ansicht sind sämtliche kriminalistischen Schriftsteller, außer Conrad (S. 28 ff.).

Wir müssen also die Beamten für untaugliche Subjekte des § 266 erklären; ebenso Ammon (a. a. O. S. 69), Draheim (a. a. O. S. 25), Cartier (a. a. O. S. 13 ff.), Binding (Lehrbuch S. 400, Anm. 1).

Grundsätzlich zu bejahen ist ferner die Frage, ob ein nach § 165 B.G.B. in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Vertreter Tätersubjekt im Sinne der Ziffer 2 § 266 sein kann, da eine Altersgrenze für die Strafbarkeit nicht angegeben ist und somit die Bestimmungen des B.G.B. angewandt werden können. Voraussetzung ist jedoch hierbei, daß die die Strafbarkeit einschränkenden Bestimmungen des St.G.B. und des J.G.G. von 1924 dem nicht im Wege stehen.

Nicht zuzustimmen ist aber der Ansicht des R. G. (cf. R. G. R. 9, 247; R. G. E. 41, 265), daß es belanglos sei, ob die Bevollmächtigung, ein erlaubtes oder unerlaubtes Geschäft zum Gegenstand habe und daß es auf die zivilrechtliche Ungültigkeit der Vollmacht z. B. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 117 B. G. B. nicht ankomme. Eine zivilrechtliche Ungültigkeit einer Vollmacht kann nicht dadurch beseitigt werden, daß der Täter vor den Strafrichter kommt und hier wegen Untreue angeklagt ist. Die grundlegende Voraussetzung fehlt in diesem Falle, der Täter ist ja kein Bevollmächtigter, sodaß höchstens die Voraussetzung der anderen Vermögensdelikte in Frage kommen kann.

Aus ähnlichen Gründen kann auch die Ansicht des R. G. nicht gebilligt werden (cf. R. G. E. 3, 283; R. G. R. 4, 393), daß es für die Strafbarkeit wegen Bevollmächtigtenuntreue unerheblich sei, ob die Vollmacht unter Beobachtung der zivilrechtlich vorgeschriebenen Formen erteilt worden ist.

Gewiß ist im allgemeinen die Vollmacht formlos gültig. Ist aber gesetzlich die Beobachtung einer Formvorschrift vorgeschrieben oder eine solche vertraglich vereinbart, so beruht, wie auch im bürgerlichen Gesetz angenommen, die Gültigkeit der Vollmacht auf dieser wesentlichen Voraussetzung; und nur im Zusammenhang damit wird dem Vertreter die Verfügungsbefugnis über Vermögensstücke gegeben. Wird die Vollmacht durch Nichtbeobachtung der Form ungültig oder entsteht sie gar nicht erst, so entfällt damit auch die wesentliche Voraussetzung für eine Bestrafung nach Ziff. 2 § 266.

Der Umfang der Untreuehandlung richtet sich, wie schon früher erwähnt wurde, nach den Grenzen der Vollmacht, die wiederum, weil in jedem Falle verschieden, dem Zivilrecht entnommen werden müssen, da das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft hier nur eine nähere Aufklärung geben kann. Bei den Vollmachten mit gesetzlich notwendigem Inhalt z. B. bei denen der offenen Handelsgesellschafter als Vertreter oder bei denen der Prokura ist ihr Umfang leicht festzustellen; dasselbe ist der Fall, wo gesetzlich der Umfang der Vollmacht vermutet wird, z. B. bei den Handelsvollmachten. (cf. § 54 H. G. B.) Auch wo ein Auftragsverhältnis zu Grunde liegt, wird der Umfang der Vollmacht sich insofern leicht feststellen lassen, als die Vollmacht selten über den Auftrag hinausgehen wird. Bei den Vollmachten, die auf Grund eines anderen Rechtsgeschäfts nach dem B. G. B. erteilt sind, muß deren Umfang nach den gegebenen näheren Umständen ermittelt werden. Insbesondere ist zu beachten, ob die Handlung des Täters zivilrechtlich gültig ist, ob also der Vollmachtgeber nach § 164 Absatz 1 B. G. B. sie gegen sich wirken lassen muß oder nicht. Nur im ersten Falle ist, wenn die übrigen Voraussetzungen ebenfalls vorliegen, eine Bestrafung nach Ziff. 2 § 266 möglich. Ferner ist zu beachten, daß die zivilrechtliche Gültigkeit der benachteiligenden Handlung auch auf der erteilten Vollmacht beruhen muß. Dieser Punkt ist besonders bemerkenswert, wenn der Dritte gutgläubig bewegliche Sachen vom Bevollmächtigten als Nichteigentümer erworben hat. (cf. §§ 932 ff. B. G. B.) Denn die Rechtswirksamkeit der Verfügung beruht hier nur auf den besonderen Vorschriften des Gesetzes, das in solchen Fällen den Verkehr erleichtern und schützen will und nicht etwa auf der Vollmacht.

Innig verbunden mit diesen Erwägungen ist die Frage, ob der Bevollmächtigte auch noch nach der Beendigung seiner Vollmacht sich gegen Ziff. 2 § 266 vergehen kann. Wie bei der Behandlung derselben Fälle bezüglich der Subjekte zu Ziff. 1 ist auch hier zu sagen, daß dies generell nicht möglich ist; denn wenn kein Bevollmächtigter mehr da ist, ermangelt es auch eines tauglichen Tätersubjekts. Handelt der ehemalige Bevollmächtigte jetzt gegen seinen früheren Vollmachtgeber und vergeht sich so gegen die Strafgesetze, so sind eben die Voraussetzungen für Betrug und Unterschlagung als möglicherweise in Frage kommend zu prüfen. Über diese Folgerung herrscht Streit. Das R. G. ist der Ansicht (cf. R. G. E. 28, 155; 32, 26), daß die den Auftraggeber benachteiligenden Verfügungen nicht notwendig zu den vom Bevollmächtigten kraft des erteilten Auftrages vorzu-

nehmenden Geschäftes gehören müsse, falls nur die benachteiligende Verfügung nicht außerhalb jedes Zusammenhangs mit dem erteilten Auftrage stehe und eine Verletzung der dem Bevollmächtigten als solchem obliegenden Pflichten enthalte. Ferner sagt das Gericht (R. G. E. 14, 187): Ziff. 2 § 266 kann nicht gewillt sein, den Machtgeber gegen solche, gerade unter doloser Benutzung der Vollmacht mit besonderer Verletzung von Treu und Glauben vorgenommenen Verfügungen über sein Vermögen seitens des Bevollmächtigten nach Widerruf der Vollmacht schutzlos und die von ihm mit Strafe bedrohte Pflichtverletzung gerade da straflos zu lassen, wo sie besonders flagrant hervortritt, weiter heißt es in derselben Entscheidung (cf. R. G. E. 14, 184): denn der Bevollmächtigte ist auch nach dem Widerruf der Vollmacht rechtlich und tatsächlich in der Lage, auf Grund derselben über das Vermögen des Machtgebers zu dessen Nachteil mit Rechtswirkung gegenüber gutgläubigen Dritten zu verfügen, wenn und solange er die ihm abgeforderte, widerrufene Vollmacht nicht zurückgegeben, sondern in seinen Händen behalten hat.

Wir haben schon früher (S. 17 ff.) diese Ansicht, die dem Wesen des § 266 Ziff. 2 nicht gerecht wird, als unrichtig bezeichnen müssen. Man hat sie noch darauf gestützt, daß man behauptet hat, der Täter könne auch nach Erlöschen der Vollmacht deshalb Untreue begehen, weil er dann die Pflicht zur Herausgabe des auf Grund der Vollmacht Erlangten verletze. Diese Pflicht beruht aber auf dem zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisse und hat mit der Vollmacht nicht das geringste zu tun. Zwar ist dem R. G. darin Recht zu geben, daß der Täter z. B. auf Grund der zurückbehaltenen Vollmachtsurkunde rechtlich und tatsächlich verfügen kann. Die Folgerung, daß deshalb auch der Untreuetatbestand gegeben sein kann, ist aber deshalb nicht richtig, weil einmal die pflichtwidrige Zurückbehaltung der Urkunde nach Erlöschen der Vollmacht im geltenden Recht keine „Verfügung über ein Vermögensstück" des Auftraggebers ist; und zum anderen ein von der Vollmacht unabhängig sich vollziehender Erwerb nur bei beweglichen Sachen und bei Gutgläubigkeit des Dritten möglich ist, fehlschlägt dagegen in allen anderen Fällen, z. B. bei einer Verfügung über Forderungen.

Die Gutgläubigkeit des Dritten ist auch noch unbedingte Voraussetzung für die mögliche Untreuehandlung eines bisherigen Bevollmächtigten, der trotz des Erlöschens der Vollmacht in gewisser Weise und gewissen Beziehungen die Vertretungs- und Verfügungsmacht hat. Es handelt sich hierbei um die Fälle der

§§ 169—173 B. G. B., wo die Verfügungen des bisherigen Bevollmächtigten über das Vermögen des Vollmachtgebers diesem gegenüber noch rechtswirksam sind. Erwerben bösgläubige Dritte, so haben diese Verfügungen keine rechtlichen Wirkungen, und eine Untreuehandlung kann nicht in Betracht kommen.

In Ziff. 3 des § 266 erstreckt sich die Strafandrohung bei Zuwiderhandlung auf eine Anzahl von Gewerbetreibenden, die zur Ausübung ihres Gewerbes verpflichtet sind, auf Beobachtung der bestehenden gesetzlichen Vorschriften beeidigt und öffentlich angestellt wurden. Die Verpflichtung muß von Staats- oder Kommunalbehörden ausgegangen sein. Es fallen also die Gewerbetreibenden als Tätersubjekte aus, die von anderen Korporationen verpflichtet sind oder, welche die in Ziff. 3 genannten Gewerbe frei betreiben, da in keinem dieser Fälle eine obrigkeitliche Verpflichtung vorliegt. Die Aufzählung dieser Gruppe von Tätersubjekten in Ziff. 3 ist nicht erschöpfend; die Generalklausel läßt eine Ausdehnung auf alle obrigkeitlich zu ihrem Gewerbebetrieb verpflichteten Personen zu. (cf. R. G. 44, 67.)

So fallen auch Medizinalpersonen unter den Begriff Gewerbetreibende und damit gegebenenfalls unter Ziff. 3, obwohl sie in der Gewerbeordnung ausgeschlossen sind. (cf. R. G. O. § 6.)

Dies hat seinen Grund darin, daß der Begriff Gewerbetreibende nicht ausschließlich aus der R. G. O. entnommen werden darf. (cf. Landmann a. a. O. zu § 1.)

Im übrigen ist § 36 R. G. O. für diese Aufzählung der Tätersubjekte maßgebend.

Im einzelnen ist zu den tauglichen genannten Tätersubjekten der Ziff. 3 folgendes zu sagen.

Feldmesser sind die mit Vermessung und Vermarkung von Grundstücken betrauten Personen, zu denen die Markscheider, die die Vermessung von Bergwerken ausführen, hinzugerechnet werden müssen.

Unter Versteigerer ist der Auktionator der G. O. zu verstehen, also der Versteigerer von Mobilien und Immobilien.

Mäkler sind solche Personen, die eine Festsetzung der Kurse ermitteln und beim Abschluß von Geschäften vermittelnd tätig sind. Die Handelsmäkler der §§ 93 ff. H. G. B. gehören jedoch nicht hierher, da sie nur Privatmäkler sind. (cf. Olshausen a. a. O. zu § 266 Nr. 10.)

Die Güterbestätiger stellen amtlich die Beschaffenheit von Waren fest, und den Schaffnern obliegt eine amtliche gewerbsmäßige Besorgung von bestimmten Diensten.

Messer, Wäger und Braker leiten amtlich auf Märkten und in Häfen das Messen, Wägen und die Aussonderung von Waren und Gütern.

Die Schauer und Stauer endlich kommen für den Schiffsverkehr in Betracht; der erste besorgt die Entladung; der leßte die kunstgemäße Beladung von Schiffen.

IV. Die benachteiligende Handlung.

Die benachteiligende Handlung in Ziff. 1 § 266 betrifft das Vermögen, wie schon oben erläutert, und nicht etwa Interessen des Auftraggebers, z. B. des Mündels: an sittlicher ernster Erziehung, an tiefer Bildung von Geist und Gemüt, an Stählung der Gesundheit und Entwicklung der Körperkraft. (cf. Olshausen II. zu § 266; R. G. 23, 280; 27, 39.)

Der Begriff des Vermögens ist es hier, der Schwierigkeiten macht bei der Auslegung, und der im Schrifttum ziemlich bestritten ist. Nach Binding ist: im Rechtssinne jeder an seinem Eigentum geschädigt, der ohne die Billigung des Geseßes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, an der dies besteht, oder um die Möglichkeit seiner vollen Ausnußung gebracht wird, sowie derjenige, dem nicht geleistet wird, was er rechtlich zu fordern hat und dem grundlos eine Leistungspflicht auferlegt wird — ganz einerlei, ob wirtschaftlich jene Einbuße, wie in der Mehrzahl der Fälle, sich auch als Verlust oder aber als Gewinn darstellt. Im Rechtssinne hat jeder einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangt, der gegen den Willen des Geseßes Vermögensrechte erwirbt oder sich ohne die Wirkung der Rechtskraft das zuwendet, worum er den anderen geschädigt hat; darauf, ob sich die Beute hinterher wirtschaftlich lohnt oder nicht, kommt gar nichts an. (a. a. O. II. S. 120; leßtere Bemerkung gilt für § 266 Ziff. 2.)

Binding macht hier einen Unterschied zwischen juristischem und wirtschaftlichem Vermögen. Das R G. und die herrschende Meinung haben sich gegen diese Auffassung ausgesprochen. Der natürliche Wortsinn wäre, sagt Holßendorff (a. a. O.) mit Bindings Ansicht verleugnet, ohne daß sich für diese Verleugnung irgend eine Rechtfertigung erbringen ließe. Ein Grund zu der Annahme, daß der Geseßgeber von Vermögensbeschädigung in einem sprachlich unmöglichen Sinne redet, daß er nämlich das Erfordernis einer wirklichen Beschädigung damit nicht aufstellen, sondern ausschließen wolle, existiert nicht. Auf diese Weise kommen die Vertreter zu der Ansicht, daß nur dort eine Vermögensbeschädigung vorliege, wo sie in einer geldwerten Verminderung der zu ihm gehörenden Güter besteht. Unseres Erachtens scheint die

Ansicht Bindings richtig zu sein. Sie ist logisch und umfaßt die ganzen Zusammenhänge, die zwischen dem Vermögen und dem Menschen bestehen. Die Gegner dieser Ansicht gestehen ja auch zu, daß der pekuniäre Nachteil nach den individuellen Verhältnissen und den konkreten Tatumständen festzustellen ist und deuten damit an, daß nicht nur pekuniäre Verminderung des Wertes in Betracht gezogen werden muß und oft strafwürdig erscheinen kann. (cf. ausführlich S. 86 ff.)

Was die Ausdruckswendung in Ziff. 1: zum Nachteil handeln, angeht, so könnte man, zumal sie in einem Bedingungssatz steht, annehmen, daß zur Vollendung des Delikts neben dem eingetretenen Erfolg auch der in der benachteiligenden Richtung sich betätigende Wille genüge. Dies ist jedoch nicht der Fall. Bleibt der Nachteil aus, so liegt höchstens eine versuchte Handlung vor. Dies geht daraus hervor, daß zweifellos in Ziff. 2 und 3 der Eintritt eines Nachteils erforderlich ist und deshalb nicht gut möglich sein kann, daß bei ein und demselben Tatbestand der Untreue als Ganzes sowohl die Willensbetätigung, als auch der eingetretene Erfolg als Tatbestandsmerkmal anzusehen ist. (Binding II. S. 221 Nr. 4; R. G. 16, 18.)

Der Nachteil selbst kann nun entweder die: effektive, substanzielle Verminderung des bereits vorhandenen Vermögensbestandes, ein positiver Verlust oder ein entgangener Gewinn sein. (cf. R. G. R. 3, 772.) Nach dem bürgerlichen Recht ist lucrum cessans derjenige Gewinn, der mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Deshalb genügt nicht die bloße vorhandene Möglichkeit auf Gewinn, sondern der entgangene Gewinn stellt sich nur dann als eine Vermögensschädigung dar, wenn er nach Maßgabe der objektiven Verhältnisse tatsächlich zugeflossen wäre, wenn also bereits ein rechtlich begründeter Anspruch auf Gewinn bestand. (cf. Olshausen a. a. O. § 262 Nr. 21, Frank a. a. O. § 266.)

Ferner braucht der Vermögensnachteil kein dauernder zu sein (cf. R. G. 36, 400); und auch eine nachträgliche Ausgleichung macht ihn nicht wieder gut, selbst wenn diese Möglichkeit zur Zeit der Tat bestand. Dagegen kann eine bloße Gefährdung des Vermögens nicht genügen, da sie seinen Rechtsbestand intakt läßt und deshalb keine Vermögensbeschädigung darstellt. (cf. Binding a. a. O.) Die Gefährdung für die Zukunft vermindert ja nicht schon tatsächlich den gegenwärtigen Wert des Vermögens, und es kann von einer Beschädigung auch deshalb nicht gesprochen werden, weil diese notwendig eine nachteilige Veränderung des aktuellen Vermögenszustandes voraussetzt. (cf. R. G. 19, 81; 17, 233.)

Die Handlungsmöglichkeit ist sehr vielgestaltig. So ist es z. B. gleichgültig beim Vormund, ob er ein Recht des Mündels ohne oder gegen zu geringes Entgelt aufgibt; ob er ein Recht zu Erwerben oder durch Nichtunterbrechung der Verjährung, Nichteinlegung eines Rechtsmittels genügend zu verteidigen unterläßt; oder ob er das Vermögen mit Schulden belastet. (cf. Binding II. S. 221.) Inhalt der Beschädigung kann eben alles sein, worüber bereits jetzt in der Form eines Rechtsgeschäftes wirksam verfügt werden kann. Daß als Objekt der Benachteiligung neben den genannten Sachen auch Forderungen gemeint sein müssen, ergibt sich schon aus den Personenkategorien und ist auch in der Rechtsprechung allgemein anerkannt. (cf. R. G. 12, 184.)

Der Ausdruck: ihrer Aufsicht anvertraut, hat die erweiterte Bedeutung, daß diese genannten Personen eine Verfügungsgewalt mit dem Vertrauen übertragen bekommen, sie werden ihre Gewalt im Sinne des Vollmachtgebers gebrauchen. (cf. R. G. 4, 386.)

Für die Strafbarkeit wegen Untreue nach § 266 Ziff. 1 ist dann für den Täter noch ferner Voraussetzung, daß er gerade auf Grund des Verhältnisses gehandelt hat, demzufolge er zur Wahrnehmung dieser fremden Vermögensinteressen rechtlich befugt war. (cf. auch Binding II. S. 222; Frank a. a. O. zu § 266.) Es liegt deshalb keine Untreuehandlung vor, wenn der Vormund, der zugleich ein Schuldner des Mündels ist, diese Forderung verjähren läßt. (cf. R. G. 13, 333.) Ebenso liegt z. B. keine Untreuehandlung vor, wenn der Vormund die Unterlassung der Ersatzleistung unterschlagener Mündelgelder begeht, da hier die Unterschlagung Rechtsgrund der Ersatzpflicht ist, dieser also nicht in der Bevollmächtigtenstellung des Vormundes zu suchen ist. (cf. R. G. R. 7, 692.) Eine weitere Folge dieser Voraussetzung ist, daß, wenn mehrere Vormünder bestellt sind und ihre Geschäftskreise getrennt wurden, jeder Vormund nur innerhalb seines eigenen die Untreuehandlung begehen kann. (cf. R. G. E. 36, 133.)

Die benachteiligende Handlung in Ziff. 2 § 266 ist enger umschrieben als in den beiden übrigen Ziffern. Der Bevollmächtigte begeht dann Untreue, wenn er über Forderungen und andere Vermögensstücke des Auftraggebers zum Nachteil verfügt. Unter Vermögensstücken des Auftraggebers sind hier Einzelobjekte zu verstehen, die nach den Bestimmungen des maßgebenden Zivilrechtssatzes der ausschließlichen Herrschaft des Machtgebers unterworfen sind. (cf. R. G. 13, 275; 2, 188.) Es sind dies also vor allem die Vermögensstücke, die nach dem Willen des Vollmachtgebers zu seinem Vermögen gehören und als solche von

dem Bevollmächtigten vorgefunden sind und ferner solche, die dieser im Namen des Vertretenen erworben hat.

Diese enge Fassung will Kronacker (cf. Gott. Arch. 34, 403) nicht gelten lassen, sondern er bezeichnet auch schon solche Gegenstände als zur Untreuehandlung tauglichen Vermögensstücke, welche lediglich auf Grund formell zivilistischer Momente Eigentum des Handelnden geworden sind, während sie Wirtschaftlich zum Vermögen des Auftraggebers gehören. Als einen solchen Fall von Untreue bezeichnet er es, wenn ein Kommissionär, der das von einem Dritten auf Grund eines in eigenem Namen vollzogenen Kaufs eingezogene Geld für sich selbst verbraucht, statt es an den Kommittenten abzuliefern. Nun kann aber an einer eigenen Sache keine Untreue begangen werden; also kann auch der Kommissionär, der ja nach § 164 Absaß 2 B. G. B. Eigentümer des Geldes geworden ist, keine Untreuehandlung hieran begehen. (cf. auch R. G. 2, 186; 20, 358.) Ähnlich liegen die Fälle, wo es sich z. B. um einen Ankaufskommissionär, der in eigenem Namen gehandelt hat, handelt und bei den zahlreichen Fällen der Vermischung von beweglichen Sachen. Denn hierbei ist immer, sei es direkt oder indirekt, der Wille des Tradenten entscheidend zu berücksichtigen, und eine deliktische Verfügung dann meistens nicht vorhanden. (cf. §§ 947, 948 B. G. B.) § 266 Ziff. 2 wäre nur dann anwendbar, wenn die sehr schwierige, meistens unmögliche Beweisführung gelingen würde, daß der Bevollmächtigte schon zur Zeit dieser Handlung den rechtswidrigen Vorsaß hatte, und ihn in der Folge auch verwirklichte. (cf. Ammon a. a. O. S. 78.) Dagegen ist einleuchtend, daß ein Dritter, der von einer Person aus Ziff. 1 zu Rechtshandlungen über das betreffende Vermögen bevollmächtigt worden ist, durch Verfügungen Untreue gegen den Vollmachtgeber begehen kann, da er dadurch dem Repräsentanten dieses Vermögens gegenüber zum Nachteil handelt (cf. R. G. 26, 107.)

Nicht erforderlich ist es, daß Forderungen und andere Vermögensstücke in Besiß oder Gewahrsam des Auftraggebers seien (cf. R. G. 5, 168); ebenso nicht, daß das Vermögensstück im Besiß des Täters ist. Es ist ja gerade dieser Fall einer der Gründe für Schaffung der Ziff. 2 gewesen, da nach dem bisherigen Rechtszustand eine Unterschlagungshandlung begrifflich jedesmal dann nicht in Frage kam, wenn der Täter die Sache nicht im Besiß oder Gewahrsam hatte.

Der Bevollmächtigte muß verfügt haben. Unter Verfügen ist eine Maßregel zu verstehen, die in irgend einer Weise eine Veränderung in dem Verhältnis des Auftraggebers zu dem be-

treffenden Vermögensstück herbeiführt. (cf. R. G. 11, 412.) Ein einfaches Nichthandeln wird hier nicht als genügend angesehen werden können. In diesem Sinne beurteilt das R. G. einen Fall, wo ein Gerichtsvollzieher Geldbeträge, die er bei der Vollstreckung für die ihn beauftragenden Gläubiger eingenommen hatte, absichtlich erst nach Ablauf geraumer Zeit an dieselben ablieferte. (cf. R. G. 11, 412.) Hier ist Untreue nicht angenommen worden, weil durch die Verzögerung die Rechtbeziehungen der Gläubiger zu ihrem Geld nicht berührt wurden; dagegen hat das R. G. (cf. Golt. Arch. 59, 458) Untreue angenommen, wenn jemand es unterlassen hat, Forderungen des Auftraggebers geltend zu machen mit der beabsichtigten Wirkung des Eintritts einer Verjährung, oder die Forderung des Auftraggebers erlassen hat.

Mit diesen Erörterungen hängt ein Meinungsstreit zusammen, der darin besteht, daß die herrschende Meinung Ziff. 2 so auslegen will, daß als Verfügen nur ein Verfügen über Bestandteile des Aktivvermögens gemeint sein könne, während Binding als die wahrscheinliche Absicht des Gesetzes eine Ausdehnung auch auf solche Dispositionen des Bevollmächtigten darunter verstanden wissen will, die das Passivvermögen des Auftraggebers grundlos vermehren. Er begründet diese Ansicht damit (II. S. 220): „es liegt gewiß nicht in der Absicht des Gesetzes, die reine Belastung des Vermögens durch Anerkennung nicht bestehender Schulden von der Untreue auszuschließen, um so weniger, als diese Belastung über Aktiva schon anticipando verfügt". Das R. G. hat diese Auffassung nicht geteilt. (cf. R. G. E. 10, 72.) Ebenso spricht sich Olshausen (a. a. O. 6. Auflage S. 1034) gegen sie aus, weil in der Belastung des Vermögens durch Schuldverbindlichkeiten keinesfalls eine Verfügung über Vermögensstücke im Sinne § 266 Ziff. 2 gesehen werden könne. Jedoch ist aus dem angeführten Grunde der Auffassung Bindings Recht zu geben. Ihre Richtigkeit wird auch dadurch bestätigt, daß die Begründungen zu dem neuen Strafgesetzentwurf sie teilen. Auch ist Binding darin Recht zu geben, daß eine dingliche Belastung des Vermögens als eine Verfügung über Vermögensstücke anzusehen ist. cf. ebenso Frank a. a. O. S. 494.)

Weiterhin nimmt das R. G. an, daß ein vom Vollmachtgeber akzeptierter Wechsel zu seinem Vermögen gehöre, solange er sich noch bei Akzeptanten oder seinem Bevollmächtigten befindet. (cf. R. G. 13, 376; 42, 227.) Es sieht den Vermögenswert: „in der Negation, daß solange das Akzept im Eigentum und Besitz des Akzeptanten sei, derselbe vor einem Mißbrauch, welcher mit dem Akzept getrieben werden könne, geschützt sei. Denn wenn der-

selbe nicht Eigentum oder Besitz am Akzept hätte, so könnte ein Dritter nach den Grundsätzen über bonae fidei possessio daraus Rechte zu des Akzeptanten Nachteil ableiten. Der Vermögenswert dieser Fortdauer von Besitz und Eigentum am Wechselakzept lasse sich, namentlich wenn schon die Wechselsumme hinzugefügt worden sei, sehr leicht in Geld schätzen." Dieser Ansicht ist nur dann zuzustimmen, wenn der Akzeptant den Wechsel zugleich auf sich hat indossieren lassen. Hier kann jetzt Forderung und Schuld aus dem Wechsel zusammentreffen und insofern ein einzelnes Vermögensstück bilden. Trifft dieser Fall aber nicht zu, so ist der in den Händen des Akzeptanten oder seines Bevollmächtigten sich befindende Wechsel noch kein Vermögenswert, wenn von dem geringen Papierwert abgesehen wird; denn jetzt erhält das Akzept erst einen Vermögenswert in der Hand eines Dritten. (cf. Olshausen II. S. 1035; Binding Lehrbuch S. 401, 02.)

Ebenso ist eine gewöhnliche Schuldverschreibung, die sich in den Händen des Schuldners befindet, nicht zu seinem Aktivvermögen zu rechnen.

Ferner rechnet das R. G. noch die Konkursmasse zum Vermögen des Konkursverwalters, allerdings nur insoweit, als dieses Vermögen ihm als Verwalter zusteht und ihm als Kurator „mit der Befugnis zur alleinigen rechtlichen Verfügung anvertraut ist" (cf. R. G. 26, 106; Freudenthal a. a. O. S. 112). In R. G. 39, 414 wird ein Fall beurteilt, wo der Gemeinschuldner, dem der Konkursverwalter die Fortführung des Geschäfts gestattet hat, die Geschäftseinnahmen für sich verbraucht. Wenn man nach herrschender Meinung (cf. Gierke, Kohler) annimmt, daß den Gläubigern ein Pfandrecht an der Konkursmasse zusteht, so kann man sie zum Vermögen des Gläubigers rechnen und so die Möglichkeit einer Untreuehandlung annehmen.

Zur Handlung als solcher haben wir schon früher ausführlicher bemerkt, daß sie auf Grund des Verhältnisses geschehen sein muß, daß den Täter zur Wahrnehmung fremder Interessen ermächtigt, also eine rechtsgeschäftliche sein muß. Mißbraucht der Bevollmächtigte seine Macht nur im Innenverhältnis, so kommt Untreue nicht in Frage. § 266 Ziff. 2 verlangt nur ein positives Tun; mit Recht ist aber anzunehmen, daß diesen auch die Unterlassung einer pflichtmäßig gebotenen Handlung gleichsteht. (cf. R. G. R. 7, 692; R. G. E. 11, 412.) Über die Benachteiligung vergleiche die Ausführungen zu Ziff. 1 § 266.

Für die Anwendbarkeit der Ziff. 3 ist noch zu bemerken, daß die Benachteiligung in Gestalt der Vermögensschädigung nach dem Wortlaut des Gesetzes bei den Geschäften erfolgt sein muß.

Es genügt also, daß der Gewerbetreibende überhaupt eine Vermögensschädigung verursacht, immer aber mit Beziehung auf sein Tätigkeitsfeld. Jedoch müssen gerade diejenigen Personen benachteiligt sein, deren Geschäfte diese Tätersubjekte besorgen, da bei einer Vermögensschädigung anderer Personen eine Untreuehandlung nicht in Frage kommen kann.

V. Der subjektive Tatbestand.

Bei der Betrachtung des subjektiven Tatbestandes ist es erforderlich, den Begriff „absichtlich" klarzustellen, da das Delikt ein absichtliches Handeln zum Nachteil verlangt. Absichtlich kann so verstanden werden, daß der Endzweck des Handelns die Benachteiligung des Vollmachtgebers ist; oder so, daß es nichts anderes als „vorsätzlich" bedeutet. Vorsätzlich handelt der Untreuetäter dann, wenn er um die benachteiligende Wirkung seiner Handlungsweise weiß und mit diesem Wissen die Einwilligung in die Verwirklichung dieser seiner Vorstellung verbindet.

Die erste Ansicht vertritt Holtzendorff (cf. IV. zu § 266). Er erachtet es für unzulässig dort, wo sich dies nicht spezieller begründen läßt, das Wort absichtlich dem allgemeinen Sprachgebrauch entgegen, als gleichbedeutend mit dem Worte Vorsatz zu behandeln und die für jenes charakteristische Beziehung auf den Zweck der Handlung zu ignorieren. Diese Auffassung wird einmal auf den vorhandenen Wortunterschied begründet, zum anderen darauf, daß in § 246 Pr St. G., dem Vorbild von § 266, vorsätzlich stand, während in § 266 auf einmal der Begriff absichtlich erscheint. Mit der herrschenden Meinung lehnen wir diese Auffassung ab und sind der Ansicht, daß absichtlich abwechselnd mit vorsätzlich und wissentlich für den Gedanken im Strafgesetzbuch gebraucht werde, daß die betreffende Handlung mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder des Erfolges geschehen sei. (cf. R. G. 1, 172; 6, 785; Binding Grundriß 2. S. 222; Frank a. a. O. zu § 266) und zwar deshalb, weil einmal kein Beweis dafür erbracht ist, daß die Ausdrücke vorsätzlich und absichtlich dem Sprachgebrauch zuwider gleichbedeutend beständen. Sie können dasselbe besagen; denn wenn jemand einen Erfolg voraussieht und handelt, so hat er sicherlich die Absicht, den Erfolg herbeizuführen; deshalb braucht dieser Erfolg aber noch nicht der Endzweck des Handelns zu sein. So spricht auch das Gesetz in § 46 St. G. B. von einer beabsichtigten Handlung, trotzdem es sich hier gar nicht um den Endzweck der Handlung handelt. Dann spricht auch die Analogie zwischen § 92 Ziff. 3 und § 266 dafür, daß hier eine Begriffsgleichheit vorliegt und nur gesagt werden

soll, daß die Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale mit Wissen und Wollen des Täters nötig ist. Ferner spricht für unsere Ansicht, daß, wenn die abgelehnte Erklärung richtig wäre, wohl kaum jemals § 266 angewandt werden könnte, weil dann die Schadenszufügung als Motiv des Täters ausschlaggebend sein müßte. (cf. R. G. R. 6, 785.) Endlich kommt in Betracht, daß es nach Absatz 2 § 266 als straferschwerend wirkt, wenn der Täter um seines oder eines anderen Vorteil willen gehandelt hat. Wollte man beide Begriffe gleichsetzen, so müßte man auch hier in fast allen Fällen bei vorliegender Handlung zu einem Freispruch kommen in den Fällen, wo der Täter aus Streben nach eigenem Vorteil handelt und sich nicht von dem Nachteil zu ungunsten seines Herrn, den er als gewiß erkennt, hindern läßt.

Hieraus ist zu folgern, daß auch nicht das Bewußtsein notwendig ist, daß ein Nachteil entstehen müsse; es genügt schon das Bewußtsein, daß ein Nachteil entstehen kann: also dolus eventualis. (cf. R. G. 7, 279; Frank a. a. O S. 495.)

VI. Versuch. qual. Tatbestand und Strafe.

Wie schon früher bemerkt, erfordert § 266 den Eintritt des Vermögensnachteils in allen 3 Ziffern. Tritt bei vorliegender Handlung der Nachteil nicht ein, so kann nur von einem Versuch gesprochen werden, der jedoch, da § 266 ein Vergehen und der Versuch nicht besonders mit Strafe bedroht ist, straflos bleiben muß. (§§ 1, 43 Abs. 2 St. G. B.)

Am Schluß des § 266 behandelt das Gesetz noch den erschwerten Fall, wo die Untreue begangen wird, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Binding stellt hierfür die Bedingung auf, daß gerade so wie bei dem Betrug das Moment der Rechtswidrigkeit zum Tatbestand notwendig sei. (cf. II. S. 223.) Als Gründe hierfür ist angeführt worden (cf. Simonson: Vorteil S. 66): Die Analogie zwischen Betrug und Unterschlagung des § 246 Abs. 2 einerseits und die Untreue des § 266 Abs. 2 andererseits verlange die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils; weiter müsse der Ausdruck „gewinnsüchtiger Absicht" des preußischen Rechts aus der Vorgeschichte zu §§ 266 und 263 mit: der Absicht . . . sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, identifiziert werden; endlich sei nicht ersichtlich, wie die Erlangung eines berechtigten Vermögensvorteils ein Qualifikationsmoment sein solle.

Gegen den klaren Wortlaut des § 266 Abs. 2 halten jedoch solche Argumente nicht stand, in den rechtswidrig einzufügen

ebenso möglich gewesen wäre wie beispielsweise beim Betrug und bei der Unterschlagung. In § 266 Abs. 2 ist nur das schlechte Motiv, die Gewinnsucht bedroht, die aber ebenso zur Erlangung seines erlaubten Vermögensvorteils (was gestattet ist), als eines unerlaubten führen kann. Lediglich im Gegensatz zu anderen Motiven z. B. Rache oder Neid ist dies Motiv der Qualifikation geschaffen.

Der Vorteil muß ein Vermögensvorteil sein, also jede günstigere Gestaltung der Vermogenslage, jede Vermehrung des Gesamtvermögenswertes. (cf. R. G. 11, 155; 17, 233.) Auf die Größe des Vorteils kommt es dabei nicht an, ebenso wenig ist es nötig, daß ein einmal eingetretener Vermögensvorteil das qualifizierte Vergehen nicht ausschließt, wenn die Notwendigkeit einer späteren Ersatzleistung vorliegt. (cf. R. G. 12, 395.)

Als Hauptstrafe bei der Untreue kann auf Gefängnis erkannt werden. Die Dauer der erkannten Strafe kann 1 Tag bis 5 Jahre betragen. § 16 St. G. B. Neben dieser Gefängnisstrafe kann in den Fällen des Abs. 2 noch auf eine Geldstrafe von 3—5000 Mark erkannt werden. § 27 St. G. B. Als Nebenstrafe kommt noch ausdrücklich im Gesetz erwähnt, die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte hinzu, aber nur wenn eine Gefängnisstrafe von mindestens 3 Monaten verhängt wurde. Sonst kann auch lediglich auf Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter für die Dauer bis zu 5 Jahren erkannt werden. §§ 32, 35 St. G. B.

D. Die Untreue in der vergleichenden Darstellung.

Zwischen dem geltenden Recht und den Entwürfen steht in der wissenschaftlichen Behandlung des deutschen Strafrechts die „vergleichende Darstellung", in der auch das uns interessierende Delikt die Untreue ausgiebig von Freudenthal behandelt worden ist. Der Verfasser beschränkt sich hier nicht darauf, einen genauen Überblick über das geltende Recht zu geben, sondern will auch neue Wege weisen und so die Vorarbeiten zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch erleichtern und vertiefen.

Auch Freudenthal faßt die Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht nur als Mittel der Begehung auf. Schutzobjekt ist auch ihm das Vermögen in allen seinen Beziehungen. Deshalb sieht er auch die Stellung des Delikts im System als richtig an und fordert nur, man solle sie selbständig machen. (a. a. O. S. 157.) Mannigfach stimmt Freudenthal mit der im Text vertretenen Binding'schen

Anschauung überein. So deckt er die großen Nachteile der casuistischen Fassung von § 266 auf und fordert eine einheitliche begriffliche Formulierung. (a. a. O. S. 137.) Er stellt weiter fest, daß die überwiegende Zahl der modernen Strafgesetze und Entwürfe ebenfalls zu diesem Ergebnis gelangt sind. Er sagt a. a. O. S. 159: „es geht die Entwicklung hier, wie bei anderen Verbrechenstatbeständen, von der primitiven casuistischen Fassung zur allgemeinen Fassung des Gesetzes. Das Recht des künftigen St. G. B. wird sich unter selbständiger Gestaltung des Tatbestandes den modernen Rechten zugesellen müssen." Gleichfalls rügt er, daß der § 266 unklar sei, weil er gar nicht Zugehöriges enthielte, nämlich die Subjekte der Ziff. 3 mit Ausnahme vom Versteigerer und Makler, die lediglich festzustellen und unter Umständen zu beglaubigen hätten und daher nicht in den Tatbestand hineinpaßten; auch er ist der Ansicht, daß die Ziff. 3 praktisch kaum je angewandt werde. Er erkennt ferner die Ergänzungsbedürftigkeit der Untreue für die Fälle an, in denen der Bevollmächtigte nach zivilrechtlichen Grundsätzen Eigentum an dem Vermögensstück erworben hat. (S. 113.) Endlich verwirft er die Treubruchstheorie des Reichsgerichts. Er sagt (S. 114), nach Aufnahme der Ziff. 2 in den Tatbestand von § 266 sei die Verletzung einer besonderen Pflicht nicht mehr charakteristisch für die Untreue. Hieraus zieht Freudenthal jedoch nicht die Forderungen für das Wesen der Untreue und gelangt nicht wie wir zu dem Ergebnis, daß Untreue Mißbrauch einer rechtlichen Verfügungsmacht ist, sondern er stellt das Wesen der Untreue folgendermaßen dar (S. 116, 117): kraft Rechtens ist der Täter in eine Stellung getreten, die ihm die Pflicht auferlegt, für fremdes Vermögensinteresse zu sorgen. Dieser Rechtspflicht würde er durch eine gewisse Handlung (I.) genügen. Zur Handlung I. ist er berechtigt und verpflichtet. Jede Stellung aber gibt ihm auch die tatsächliche Möglichkeit zur Vornahme einer anderen Handlung (II.), durch die er freilich jener Rechtspflicht nicht genügen würde. Von dieser tatsächlichen Möglichkeit macht er unter Verletzung seiner Fürsorgepflicht Gebrauch, nimmt Handlung II. vor und schädigt durch sie denjenigen, den er schützen sollte. So ist der Untreue eigen, daß der Täter ein fremdes Vermögensinteresse unter Verletzung der Rechtspflicht, dafür zu sorgen, schädigt. Die typische Art der Begehung von Untreue ist also die Verletzung dieser Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge.

Auf dieser Grundlage sieht Freudenthal folgende Fassung des Untreuedelikts als befriedigend an: „Wer unter Verletzung der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten

das Vermögen eines anderen beschädigt, wird bestraft." Freudenthal will also an die Stelle der allgemeinen Treuepflicht des R. G., als Voraussetzung für die Verletzung des Delikts, die Pflicht zur Vermögensfürsorge setzen. Dabei gerät er einmal in die Schwierigkeit, die Frage beantworten zu müssen, wem die Fürsorge für fremde Vermögensinteressen obliegt. Freudenthal gibt auf S. 148 hierüber nur Andeutungen und verweist auf Bestimmungen im geltenden Recht, um zu zeigen, daß der Ausdruck der Gesetzessprache nicht fremd ist, klärt also diese Frage gar nicht und geht nicht auf die Schwierigkeit ein, wie Personen zu beurteilen sind, denen eine rechtliche Macht gar nicht gewährt ist. Wie verhält es sich z. B., wenn ein Gärtner, der zur Instandhaltung und Pflege eines Gartens eingesetzt ist, statt seiner Pflicht gemäß für den Garten zu sorgen, den Garten absichtlich verwildern läßt, die Pflanzen beschadigt, und sich Sachen aneignet? Nach der Freudenthal'schen Fassung müßte hier Untreue angenommen werden. Denn unstreitig sind Vermögensinteressen verletzt, der Gärtner ist auch durch Vertrag zur Fürsorge für dies fremde Vermögen verpflichtet, und doch wäre dies Ergebnis verfehlt, einmal deshalb, weil dann der Unterschied zwischen Zivilrecht und Strafrecht ganz verwischt würde und das Strafgesetz eine Ausdehnung erhielt, die seinem Zweck zuwiderliefe. Denn für die Vertragsverletzung ist eben die Schadensersatzklage des B. G. B. da. Zum anderen wäre das Ergebnis deshalb verfehlt, weil eine solche Regelung überflüssig wäre, denn für die strafbaren Handlungen des Gärtners genügen ja die Tatbestände der Sachbeschädigung und der Unterschlagung. Freudenthal hat nun S. 146 als das wesentliche der Untreue seine Auffassung aus dem geltenden Recht abstrahiert und zeigt damit an, daß der Fall, den wir oben erwähnt haben, nicht unter den neuen Tatbestand fallen soll, weil ihm etwas fehle, was in Beziehung zum jetzigen Text der Untreue stände; mit anderen Worten: nicht jede Verletzung von Vermögensinteressen bedeutet Untreue. Die Fürsorgepflicht muß von einer besonderen Art sein, die sich von den gewöhnlichen Pflichten dieser Art unterscheidet. Wenn Freudenthal aber schon einmal aus dem geltenden Recht abstrahieren will, kann er dieses unterscheidende Moment aber nur darin finden, wenn er sich nicht der Treubruchstheorie anschließt, sondern worin wir es gefunden haben, nämlich darin, daß die tauglichen Subjekte sämtlich mit rechtlicher Vertretungsmacht begabt sind. Die allgemeine Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen findet ihre Sühne bei Verletzungen im Zivilrecht; die besondere Pflicht, nämlich die in bezug auf fremdes

Vermögen eingeräumte Rechtsmacht nicht zu mißbrauchen, wird als Untreue mit Strafe bedroht. Hiernach wäre die gegebene Formulierung, die auch Binding faßt: Wer unter Mißbrauch einer ihm zustehenden Vertretungsmacht das Vermögen eines anderen beschädigt, wird bestraft.

Gegen diese Auffassung wendet sich Freudenthal sowohl aus theoretischen wie aus praktischen Gründen an der Hand mehrerer Beispiele. Zunächst sagt er: Wenn der Bevollmächtigte A. vorsätzlich im eigenen Namen, ohne das Vollmachtsverhältnis erkennbar hervortreten zu lassen, zum Nachteil des B. vertauscht, statt auftragsgemäß zu verkaufen, so müssen die Vertreter der oben zusammengestellten Formulierungen, insbesondere Binding, eine Untreuehandlung verneinen. Denn der Täter hat hier weder auf Grund seiner Vollmacht, noch innerhalb seiner Zuständigkeit oder Stellung noch als Bevollmächtigter gehandelt. (a. a. O. S. 116.)

Daß dies eine unbefriedigende Folgerung sei, kann von uns nicht eingesehen werden, einmal deshalb, weil der Tatbestand der Unterschlagung unter Umständen gegeben sein kann, indem die Tauschhandlung des A. an der ihm zur Verwendung zu einem bestimmten Zweck (Verkauf) übertragenen Sache als eine rechtswidrige Zueignung angesehen werden kann, weil der Täter eine Verwendung der Sache vornimmt, um den Berechtigten um den vollen Wert der Sache zu bringen. Sollte aber auch keine Unterschlagung vorliegen, so würde A. immer noch den B. aus dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis auf Schadensersatz haften. Was dann den zweiten Fall angeht, daß nämlich der Bevollmächtigte A., sonst wie oben, statt auftragsgemäß zu verkaufen unter dem Limito verkauft, so hat schon Leopold (a. a. O. S. 64) treffend darauf hingewiesen, daß in jedem Falle erst mal zu prüfen ist, ob hier wirklich ein Bestandteil der Vollmacht vorliegt, oder nur, wie gewöhnlich, eine bloße Geschäftsanweisung ergangen ist. Um letzteres wird es sich nach den Erfahrungen des täglichen Lebens meist handeln. Dann entfällt eben begrifflich die Untreue. Auch hier wird immer Raum bleiben für die zivilrechtliche Schadensersatzklage.

Weiter ist Freudenthal der Ansicht, daß die Willensmeinung auf Scheidung der Handlung gerichtet, ob sie innerhalb oder unter Überschreitung der Vollmacht vorgenommen worden sei, im Gesetze nicht zum Ausdruck gelangt. Dieses besagt ja noch nichts, da ja Freudenthals Ansicht eben so wenig zum Ausdruck gelangt ist und außerdem recht oft erst Aufgabe der Wissenschaft sein kann, Unklarheiten zu ebnen und richtige und zweckentsprechende Auffassungen zu gewinnen.

Freudenthal sagt dann noch weiter (a. a. O. S. 116): selbst wenn die Binding'sche Ansicht begrifflich haltbar wäre, ließe sie sich praktisch kaum durchführen; er sucht dies an einem Beispiel zu beweisen, welches Binding (S. 399) selbst gibt: ein Mann hat von seiner Frau den Auftrag erhalten, für ihr gehörige 2000 Mark gute Staatspapiere zu kaufen und kauft statt dessen, um sie zu schädigen, Schundpapiere. Binding nimmt hier einen Untreuefall als vorliegend an, wogegen sich Freudenthal ablehnend wendet; ohne daß jedoch einzusehen wäre, als welchem Grunde. Der Ehemann verfügt in dem angezogenen Beispiel über eingebrachtes Gut, über Geld seiner Frau (cf. § 1376 B.G.B.). Durch das Gesetz ist ihm für dieses eingebrachte Gut freie Verfügungsgewalt eingeräumt worden, er ist insoweit gesetzlicher Vertreter seiner Frau, und er würde, da er als Ehemann über eingebrachtes Gut nicht als Bevollmächtigter verfügt, sondern kraft eigenen Rechts, keine Untreue begehen können, wenn nicht in dem Beispiel der Fall insofern anders läge, als ja der Auftrag der Ehefrau vorliegt und damit ein Vollmachtsverhältnis geschaffen ist, welches jetzt der Ehemann, wo er rechtlich wirksam zu Schaden seiner Frau verfügt, gehörig mißbraucht.

Endlich ist Freudenthal den Nachweis der Unrichtigkeit der Binding'schen Auffassung, den er bei der Behandlung der Frage der Idealkonkurrenz und des Verhältnisses der Untreue zu anderen Vermögensdelikten bringen will, schuldig geblieben. Im Gegenteil will er selbst nicht das Übergreifen neuer Tatbestände in das Gebiet älterer, und muß hier wiederum die Konsequenz der Binding'schen Ansicht zugeben. (a. a. O. S. 123.)

E. Die Untreue im V. E.

In dem von einer besonderen Sachverständigenkommission bearbeiteten Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch schlägt man als Neufassung des Untreueparagraphen folgenden Wortlaut vor: Wer absichtlich das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, mißbraucht, wird mit Gefängnis oder Haft oder mit Geldstrafe bis zu 10 000 Mark bestraft.

Zunächst sind durch diese Fassung die Mängel beseitigt, die der casuistischen Fassung des § 266 anhaften, die durch den Verkehr, in dem die Neigung zu einer immer umfänglicheren Abwicklung der Rechtsgeschäfte durch Stellvertretung hervortritt, längst überholt ist. (Begründung.)

Damit ist auch ein anderer Mangel beseitigt. Die Gesetzgebung ist bei der Untreue bisher trotz ihrer offenkundigen Mängel vor einer durchgreifenden Änderung zurückgescheut und hat dem mit dem Wachsen des Wirtschaftslebens steigenden Bedürfnis nach Strafschutz in Untreuefällen im Wege der Aufstellung von Nebengesetzen zu genügen gesucht, sodaß sich der Kreis der Subjekte erweitert und der Rahmen des Tatbestandes überschritten in mannigfachen anderen Gesetzen finden (z. B. Börsengesetz § 95 Ziff. 2; Hypothekenbankgesetz § 36; Reichsversicherungsordnung § 146 u. a. m.).

Ferner ist durch die Fassung jetzt die Möglichkeit gegeben, amtliche oder gesetzliche Vermögensverwalter, die bis jetzt der casuistischen Fassung wegen nicht unter § 266 fielen, unzweifelhaft aber dorthin gehörten: wie Vollstrecker eines Erbvertrages, Mitglieder eines Familienrates, Ehemann als gesetzlicher Verwalter hinsichtlich des eingebrachten Gutes der Frau, oder der elterliche Gewalthaber, wegen Untreue zu bestrafen.

Dann beseitigt diese Fassung auch die Personen, der jetzigen Ziff. 3 als Tätersubjekte, die von der Obrigkeit zur Betreibung ihres Gewerbes verpflichtet, mit der Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten kraft ihrer gewerblichen Tätigkeit betraut sein können, die aber in der Regel außer dem Versteigerer und Mäkler lediglich festzustellen und zu beglaubigen haben.

Und endlich ist durch die Neufassung eine größere Klarheit und Einheitlichkeit in das ganze Delikt hineingekommen, dem gegenüber die Unklarheit steht, in der die Ziff. 1—3 bisher sprachlich abgefaßt waren und deshalb zu den verschiedensten Begriffen und Auffassungen geführt haben.

Neben diesen mehr äußerlichen Änderungen hat der Vorentwurf den Versuch unternommen, unter Zugrundelegung der wesentlichen Merkmale die Untreuehandlung einheitlich zu normieren. Er verlangt einen Mißbrauch, der dem Täter durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über das Vermögen eines anderen zu verfügen. In subjektiver Hinsicht ist Absicht erforderlich.

Ehe er die Begriffe erläutert, stellt auch der Begründungsabschnitt erst fest, daß der Eintritt einer Vermögensbeschädigung erfolgt sein müsse und weiter, daß Mißbrauchen im weitesten Sinne zu nehmen sei und sowohl positive Handlungen wie auch benachteiligende Unterlassung, z. B. Nichteinlegung eines Rechtsmittels oder die Nichtsicherung einer Forderung umfasse. Mit dem Begriff Mißbrauchen hängt der Begriff Befugnis zusammen. Der V. E. hat selbst durch die Fassung angedeutet, daß die Be-

fugnis in § 277 auf rechtlicher Grundlage fußen muß, da sie durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumt sein muß. Zur Klärung dieses Begriffes dient die Auslassung, die die Begründung über das Wesen der Untreue gibt; dort heißt es S. 767: Der Mißbrauch der Machtstellung über fremdes Vermögen innerhalb der Verhältnisse, kraft deren der Täter zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen des Verletzten, verpflichtet ist, bildet das wesentliche Merkmal der Untreue. Wir haben oben schon diese Pflicht als die Pflicht bezeichnet, die Macht nicht zu mißbrauchen und dadurch die Vermögensinteressen zu verletzen. Es spricht also eine innere Berechtigung dafür, Befugnis mit Machtstellung gleichzustellen; denn die Untreue scheidet sich doch von den übrigen Vertrauens- und Verpflichtungsverhältnissen nur dadurch, daß hier eine rechtliche Vertretungsmacht dem Täter gewährt ist, und die Möglichkeit besteht, daß diese rechtliche Macht mißbraucht wird und so schädigend wirkt. Wenn man auch lieber der Klarheit und Eindeutigkeit halber gesehen hätte, daß ein Mißbrauch der Vertretungsmacht als Tatbestandsmerkmal in den neuen Text hineingearbeitet worden wäre, so ist doch praktisch dasselbe durch die jetzige Fassung erreicht, da nur solche Handlungen als Untreue zu betrachten sind, die mit der gesetzlich oder rechtsgeschäftlich erteilten Verfügungsbefugnis in engstem Zusammenhange stehen.

Der Begriff des Verfügens ist in der Begründung zum V.E. nicht erläutert, doch in den späteren Begründungen zu neuen Entwürfen erörtert und danach das Wort Verfügen nicht im Sinne des B. G. B. zu verstehen, daß also der Täter eine dingliche Rechtsänderung vornehmen müßte. Vielmehr soll jedes rechtsgeschäftliche Einwirken auf das fremde Vermögen genügen, auch wenn es in Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung besteht. Dies ist derselbe Standpunkt, den das R.G. schon in der erwähnten Entscheidung 11, 412 eingenommen hat, wo es in einer Verfügung in Bezug auf das Delikt der Untreue eine Maßregel erblickt, welche in einer beliebigen Beziehung eine Veränderung in den Verhältnissen des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstück herbeiführt.

Dieser Mißbrauch der Machtstellung, der Verfügungsbefugnis, ist aber nur dann als Untreue strafbar, wenn er innerhalb eines Verhältnisses geschieht, kraft dessen der Täter zur Wahrnehmung von Vermögensinteressen befugt ist. Diese Einschränkung ist sehr beachtlich und gibt richtig verstanden keinen Anlaß zu einer Kritik, wie sie Seidel (S. 25 ff.) ausübt, wenn er ausführt: Gerade die von der Strafdrohung des Untreueparagraphen betroffenen

Rechtsverhältnisse setzten zu ihrer gedeihlichen Entwicklung eine gewisse Bewegungsfreiheit des zur Fürsorge fremder Vermögensverhältnisse Verpflichteten voraus, wobei es verfehlt wäre, die Bewegungsfreiheit durch die Unsicherheit möglicher Weise dem Strafgesetz zu verfallen, zu beeinträchtigen, weil es dem Einzelnen nicht mehr möglich sei, das unerlaubte Handeln aus klaren Gebots- und Verbotsbestimmungen zu erkennen, vielmehr die Entscheidung hierüber in letzter Linie nur vom richterlichen Ermessen erwartet werden könnte und befürchtet werden müßte.

Denn um welche Verhältnisse handelt es sich hier? Wenn, wie hier, von Vornahme von Rechtsgeschäften für einen anderen mit rechtlicher Wirkung die Rede ist, kann es sich nur um Vollmachts- und Vertretungsverhältnisse im Rechtssinne handeln, denn wie wir schon früher hervorgehoben haben, ist die Wirksamkeit bloßer Rechtshandlungen für einen anderen im geltenden Recht nicht anerkannt und ebenso wenig eine Vertretung in rein tatsächlichen Handlungen. Nur der innerhalb dieses Vollmachtsverhältnisses vorgenommene Mißbrauch der Verfügungsbefugnis kann als Untreue gestraft werden. Es kann daher von einem Mißbrauch nicht mehr gesprochen werden, wenn die Verfügung des Dritten Handlungen betrifft, zu deren Ausführung er kraft der ihm mit der Befugnis übertragenen Macht- und Gewaltverhältnisse tatsächlich in der Lage ist, die aber außerhalb seiner Verfügungsberechtigung liegen. Damit bleibt der Entwurf im Einklang mit einer Entscheidung des R.G. (cf. R.G. 11, 241), die ja zwar insofern nur einen theoretischen Wert hat, als sich das R.G in seinen übrigen Entscheidungen nicht mehr zu ihr bekannte. Dort heißt es: Die Anwendbarkeit des § 266 findet ihre Schranken in den Grenzen, der dem Bevollmächtigten obliegenden Befugnisse und ist ausgeschlossen, sobald die den Auftraggeber benachteiligenden Verfügungen, sei es objektiv oder subjektiv, außerhalb dieser Grenzen liegen, sobald dieselben also nicht mehr zu den Geschäften gehören, zu deren Vornahme er vermöge der ihm erteilten Vollmacht berechtigt war.

Über den Treubruch innerhalb dieses Vollmachtsverhältnisses hinauszugehen und wie angeregt, unter Aufgabe der Identität der zu schützenden und der geschädigten Interessen oder ihrer Träger, jede unter Verletzung einer Fürsorgepflicht begangene Handlung unter Strafe zu stellen, hat der Entwurf Abstand genommen, er hat damit, das zeigt auch der Entwurf von 1913, eine Fassung abgelehnt, die der sog. Gegenentwurf von 1911 gewählt hat und zu deren Verteidiger sich Seidel (S. 37 ff.) macht.

Die Untreue im G. E.

Die Fassung des Gegenentwurfs in § 322 lautet: Wer in der Absicht, sich oder einem anderen einen dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen einen rechtswidrigen Nachteil zuzufügen, fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft auferlegte Pflicht zur Wahrung der Interessen dieses Vermögens verletzt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ausdrücklich wird in der Begründung gesagt, daß nach der dort vertretenen Ansicht das Wesentliche der Untreue nicht in dem Mißbrauch eines Rechts liege, sondern in der Verletzung einer Rechtspflicht, nämlich der Fürsorgepflicht zur Wahrung der Vermögensinteressen eines Dritten. Diese Fassung gemannt an die Freudenthal'sche, und das dort Gesagte gilt auch zu einem großen Teil für sie

Mit Recht sagt die Begründung V.E. zu, daß die Tragweite einer solchen Vorschrift unübersehbar wäre und ein Bedürfnis in dieser Hinsicht nicht hervorgetreten ist. Denn unter diese Fassung würden alle Vertragsverhältnisse fallen, in denen eine Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen vereinbart worden wäre oder unterstellt werden könnte; damit würde das besondere Wesen der Untreue und ihre Aufgabe in einem Strafgesetz vollkommen übersehen, die nicht dazu dienen soll, reine Privatrechtsverhältnisse in den Bereich des Strafrechts zu ziehen, sondern hierzu einen ganz bestimmten, sonst nicht geschützten Tatbestand verlangt, dessen Wirkung weit über ein bloßes Privatvertragsverhältnis hinausreicht. Der Unterschied der Auffassungen sei an einem Beispiel klargemacht: Ein Handlungsgehilfe ist mit dem Verkauf von Waren in einem Laden beauftragt und ihm damit auch die Vollmacht, zu verfügen, gegeben; würde er sie mißbrauchen, wäre er sowohl nach V.E. wie nach G.E. wegen Untreue zu bestrafen, wenn die sonstigen objektiven und subjektiven Erfordernisse vorlägen, allerdings aus ganz verschiedenen Gesichtspunkten heraus. Würde dieser Gehilfe dagegen über Sachen, die seiner Gewalt unterliegen, über die er aber nicht verfügungsberechtigt ist, z. B. das Ladeninventar verkaufen, um sich etwa Geld zu verschaffen, so würde eine Untreuehandlung nach § 277 V.E. nicht in Frage kommen können, weil von einem Mißbrauch einer Verfügungsbefugnis, innerhalb des Verhältnisses, kraft dessen der Täter zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen des Verletzten verpflichtet ist, hier nicht gesprochen werden kann. Hingegen würde nach G.E. diese Hand-

ung unter den Untreuetatbestand des § 322 fallen; denn die auf-
erlegte Pflicht zur Wahrung der Vermögensinteressen ließe sich
ur Not aus dem Dienstvertrag des Angestellten ableiten, obwohl
nzuerkennen ist, daß dieser Ansicht Bedenken entgegenstehen;
erner läge eine Verletzung vor, da das fremde Vermögen ge-
chädigt ist; und endlich auch der dem Recht zuwider laufende
Vermögensvorteil ist verschafft worden.

Mit dieser Auffassung wäre aber der Unterschied zwischen
Untreuehandlung und der Unterschlagungshandlung sehr ver-
wischt, der Charakter der Untreue garnicht beachtet und nicht
absehbare Schwierigkeiten die Folge. In diesem Fall handelt es
sich aber immerhin noch um eine Handlung, die auch nach all-
gemeiner Rechtsauffassung eine Strafe verdient.

§ 322 G.E. müßte aber auch eine Untreuehandlung in folgen-
dem Falle bejahen (cf. Leopold a. a. O. S. 61): Ein Gärtner ist
zur Instandhaltung und Pflege eines herrschaftlichen Gartens
vertraglich verpflichtet. Er gräbt jedoch nicht, wie es seine Pflicht
wäre, die Beete um, bepflanzt den Garten und beschneidet die
Bäume, sondern er läßt den Garten absichtlich verwildern und
eignet sich noch vorhandene Früchte an. Zu diesem Ergebnis
müßte G.E. aus folgenden Gründen kommen: Die Pflege des
Gartens ist zweifellos ein Vermögensinteresse des Eigentümers;
fremdes Vermögen ist durch Nichtbestellung des Gartens be-
schädigt, ein rechtwidriger Nachteil ist dem Eigentümer auch
zugefügt, die Absicht ebenfalls vorhanden, und der Gärtner ist
durch seinen Vertrag zur Fürsorge für die Interessen verpflichtet.

Jedoch handelt es sich in diesem Falle, abgesehen von der
Unterschlagung der Früchte zweifellos um einen Fall, der nach
allgemeinem Rechtsgefühl dem Zivilrecht angehört und deshalb
auch nur auf dem Wege einer Schadensersatzklage geregelt
werden kann, da ein Interesse des Staates an einem Straf-
anspruch hier nicht zu erblicken ist; oder das Strafrecht müßte
sonst alle Verhältnisse des Rechtslebens in seinen Bereich ziehen
und damit sich eine Aufgabe stellen, die materiell nicht zu lösen
wäre.

Wir sehen also die unüberbrückbaren Gegensätze dieser
beiden Auffassungen, und es kann nur noch unsere Aufgabe sein,
die hauptsächlich gegen die Fassung des V.E. vorgebrachten
Einwände zu prüfen.

Seidel (a. a. O. S. 25) sieht in der Einführung des Begriffes
des Mißbrauches in Verbindung mit dem Begriff Verfügungs-
befugnis als Tatbestandsmerkmal der Untreuehandlung einen
Mißgriff in technischer und strafpolitischer Beziehung, weil hier-

aus keine klaren und prägnanten Gebots- und Verbotsbestimmungen zu erkennen seien, und dadurch die Bewegungsfreiheit der Personen, die es anginge, sehr eingeengt würde.

Dem ist entgegen zu halten, daß der Begriff „Mißbrauchen" mindestens so klar ist wie der Begriff „Pflicht zur Wahrung der Vermögensinteressen" im G. E.; auch das geltende Strafrecht bedient sich dieses Begriffes in § 339 mit gutem Erfolg, und außerdem sind doch in jedem Falle noch die subjektiven Voraussetzungen zu prüfen, die gerade, wie wir noch sehen werden, einen gewissen Ausgleich schaffen.

Ferner will man einen Widerspruch daraus ableiten, daß die Begründung zu V.E. von Mißbrauch der Machtstellung spreche und doch die Fälle nicht berücksichtigen wolle, in denen jemand offensichtlich seine Macht mißbrauche, wie es z. B. bei dem erwähnten Handlungsgehilfen der Fall sei. Dabei übersieht man, daß die Begriffe Mißbrauch und Verfügungsbefugnis eng zusammen gehören und sich nur auf die Verhältnisse beziehen, kraft deren der Täter zu Wahrung der Interessen verpflichtet ist, keineswegs also auf jede tatsächliche Machtstellung.

Ferner wird zum Vorwurf gemacht, daß durch die Fassung des V.E. verschiedene Fälle nicht erfaßt würden, nämlich diejenigen, in denen eine Befugnis nicht mehr bestehe. Es sind dies die Fälle, die uns auch schon bei der Behandlung des Delikts im geltenden Recht begegnet sind, wo es fraglich war, ob nämlich Untreue dadurch entfalle, daß zur Zeit, als der Bevollmächtigte über Vermögensstücke des Machtgebers zu dessen Nachteil verfügte, z. B. die Vollmacht widerrufen war. Unseres Erachtens ist die Klarheit zu begrüßen, da nach der neuen Fassung die Fälle nicht mehr unter den Untreuetatbestand fallen, wo eine Befugnis nicht mehr vorhanden war; denn wir haben gesehen, da, wo das Gesetz auch noch über einen Widerruf hinaus Rechtsbeziehungen zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten kennt, ist auch noch Untreuehandlung möglich, sonst aber nicht mehr; hierzu besteht ja auch keine Veranlassung, weil die anderen Vermogensdelikte mit ihrem Tatbestand die jetzt folgenden Handlungen zu erfassen vermögen. Wir können also die Kritik nicht als berechtigt anerkennen.

Und doch ist auch nach der objektiven Seite hin an der Fassung des V.E. neben der Unklarheit des Begriffs Befugnis auszusetzen, daß sie keine Handhabe bietet, die Fälle zu erfassen, wo, wie beim Kommissionär der Bevollmächtigte zivilrechtlicher Eigentümer geworden ist und deshalb Mißbrauch einer Ver-

fügungsbefugnis nicht vorliegt. Bei der Betrachtung des Entwurfs von 1925 ist darauf noch zurückzukommen.

In subjektiver Hinsicht wird im V.E. das Wort absichtlich gebraucht. Auch das geltende Recht erfordert in allen seinen Ziffern beim Tatbestand der Untreue ein absichtliches Handeln oder Verfügen zum Nachteil eines Dritten. Das R.G. und die gemeine Meinung haben übereinstimmend wiederholt geäußert, daß absichtlich im Sinne von vorsäßlich gebraucht sei, und haben damit auch den dolus eventualis als zur Strafbarkeit genügend erachtet.

Der V.E. verbindet aber mit seinem Begriff absichtlich eine andere Vorstellung, nämlich die, daß der Wille des Täters auf die Vermögensbeschädigung gerichtet sein müsse; er will damit die recht weitragende Anwendung dieser Vorschrift im geltenden Recht beseitigen, die nach seiner Ansicht zu Verurteilungen geführt hätten, die dem Rechtsempfinden nicht entsprächen, da nach dem Volksempfinden zwar der auf die Untreue gerichtete Wille, nicht aber das bloße Bewußtsein von dem möglichen schädigenden Erfolg der Handlung das Eingreifen der Staatsgewalt rechtfertige und diese Bedenken für den Entwurf deshalb noch bedeutend schwerwiegender würden, weil er den Tatbestand an sich erweitere. Denn es würden dadurch empfindliche Nachteile im Geschäftsleben eintreten, da zu einer gedeihlichen Entwicklung in diesen Rechtsverhältnissen eine gewisse Bewegungsfreiheit vorausgesetzt werden müßte, die durch die Unsicherheit, dem Strafgesetz zu verfallen, beeinträchtigt werden würde.

Was der V.E. unter absichtlich verstanden wissen will, hat er in § 59 Absatz 3 aufgestellt; dann ist nämlich eine vorsäßliche Handlung eine absichtliche, wenn der Täter sie verübt, um einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Es soll, wo das Gesetz das Wort absichtlich gebraucht, zwar auch Vorsäßlichkeit in dem allgemeinen Sinne, aber darüber hinaus noch etwas Weiteres gefordert werden, nämlich das Handeln, um einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Deshalb liegt der Unterschied zwischen einem vorsäßlichen und einem absichtlichen Handeln nach dem V.E. darin, daß bei ersterem nur die Erkenntnis von dem gewissen oder doch nicht unwahrscheinlichen Eintritt des Erfolges vorliegt, wobei es nichts besagt, ob der Erfolg dem Täter gleichgültig oder nicht wichtig genug erscheint, um sich von der Tat abhalten zu lassen oder ob er diesen Erfolg neben seinen etwaigen anderen Zielen als unerwünscht oder billigenswert ansieht. Bei letzterer Handlung dagegen will der Täter einen bestimmten Erfolg herbeiführen, der das Ziel seines Handeln ist. Es genügt hier nicht, daß

der Täter sich nur den Erfolg im allgemeinen vorstellt, sonder es muß sich hier um einen erstrebten Erfolg handeln, desse Grenzen in der Vorstellung des Täters mindestens ungefähr ge zogen sind. Es soll aber nicht hieraus gefolgert werden, daß nu ein einziger Erfolg beabsichtigt sein könnte.

Auf den Untreuebestand des § 277 V.E. angewandt bedeut dieses, daß der Eintritt der Vermögensschädigung als erstrebte Erfolg gewollt sein muß. Man kann mit dieser Schuldformfassun einverstanden sein, denn in der Begründung führt der V.E. Gründe an, deren Wichtigkeit sehr beachtlich und nicht zu übersehen is Auch die Straffheit der Fassung ist zu begrüßen. Die Abschwä chung gegenüber dem geltenden Recht ist auch keine große, m Recht führt die Begründung an, daß bei echter Untreuehandlun die Absicht sich unschwer feststellen lasse und auf die andere Fälle treffen andere Strafvorschriften zu, oder sie sind dem Zivi recht zu überlassen.

Nun ist dieser Absichtsbegriff aber nicht so eng aufzufasse wie es Seidel (a. a. O. S. 37) tut. Dort wird die Ansicht vertrete daß die strafbare Untreueabsicht sich auch auf andere Fälle a auf die der bloßen Vermögensbeschädigung erstrecken müss dies aber durch die Fassung des V.E. verhindert werde. Der die Begründung zum V.E. gibt selbst durch ihre Bemerkung, da sich eine Strafschärfe analog § 266 Absatz 2, 1 für den Fall, da der Täter die Untreue deshalb begangen habe, um sich oder einen anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, deshalb erübrig weil die Absicht der Bereicherung in der Regel eine Begleit erscheinung der Vermögensdelikte sei, zu, daß diese Absich durch die Fassung des § 277 V.E. mitgetroffen werden solle. De erstrebte Erfolg, die Vermögensschädigung, muß nicht notwendi ger Weise der ausschließlich erstrebte Erfolg sein, und das Ziel welches die von dem Täter betätigte Absicht verfolgt, kann vo dem Erfolg der bloßen Vermögensschädigung verschieden sein darf nur nicht ohne eine Vermögensschädigung erreichbar sein

Deshalb ist auch die Fassung des G.E., der die Absicht, sich oder einem anderen einem dem Recht zuwiderlaufenden Ver mögensvorteil zu verschaffen, oder einem anderen einen rechts widrigen Nachteil zuzufügen, verlangt, abzulehnen, weil sie Über flüssiges enthält, das nur Unklarheiten zu erregen geeignet ist.

Da nach V.E. die Rechtswidrigkeit ein an sich selbstverständ liches Merkmal jedes Verbrechensbegriffes ist, gehört auch zu vollständigen Untreuehandlung das Bewußtsein der Rechts widrigkeit.

Zu erwähnen ist noch, daß, wenn der Untreuehandlung ei besonderes gewinnsüchtiges Motiv zu Grunde liegt, der V.E. nac

§ 36 auf Geldstrafe bis zu 10000 Mk. kumulativ neben der Freiheitsstrafe erkennen will.

In Übereinstimmung mit dem geltenden Recht hat der V.E. davon abgesehen, den Versuch der Untreue mit Strafe zu bedrohen. Nach § 75 Absatz 2 V.E. ist, wie nach § 43 Absatz 2 des geltenden Rechts der Versuch eines Vergehens nur dann strafbar, wenn es im Gesetz besonders bestimmt ist.

Der G.E. dagegen geht davon aus, daß der Versuch eines Vergehens stets strafbar ist, und in besonders leichten Fällen nach § 28 G.E. stets von der Strafe abgesehen werden kann. Straflos sind Versuche nur bei den Vergehen zu lassen, welche mit Gefängnis von nicht mehr als 6 Monaten bedroht sind. Da die Untreue mit Gefängnis bedroht ist, nach § 43 also eine Woche bis zu 5 Jahren als Strafmaß in Frage kommen kann, ist der Versuch der Untreue hiernach strafbar.

Ist auch den grundsätzlichen Erwägungen des G.E. zur Versuchshandlung zuzustimmen, so muß doch auch in diesem Punkte der Fassung des V.E., der die versuchte Untreuehandlung straflos läßt, der Vorzug gegeben werden. Denn trotz der Verwandschaft der Untreue mit den Tatbeständen des Betrugs und der Unterschlagung sowie der Erpressung, alles Delikte, bei denen nach dem V.E. die Strafbarkeit des Versuches bestimmt ist, ist dem V.E. darin Recht zu geben, daß die Versuchshandlung der Materie der Natur der Sache nach bei der Untreuehandlung sehr schwer zu erkennen ist, die erst dann greifbar hervortritt, wenn die Handlung vollendet ist, sodaß die Einbeziehung des Versuchs nicht nur nichts nützen, sondern im Gegenteil insofern schädlich wirken würde, als eine Möglichkeit allzu weiter Strafbarkeitsausdehnung sich dadurch ergeben könnte.

Weiter ist in diesem Punkt zu berücksichtigen, daß neuerdings die Gepflogenheit aufgekommen ist, die Zivilprozesse durch den Staatsanwalt führen zu lassen; das für Schadensersatzprozesse nötige Material läßt man auf diese Weise auf Staatskosten herbeischaffen; man versucht dies wenigstens häufig, und wenn auch oftmals das Verfahren eingestellt werden kann, weil eben wichtige Tatbestandsmerkmale fehlen, so bezweckt doch das ganze Verfahren oft soviel und erreicht es auch, daß an dem guten Namen des fälschlich Angeschuldigten etwas hängen bleibt und dieser moralisch und oft auch wirtschaftlich geschädigt wird. Es liegt auf der Hand, daß wenn der Versuch der Untreue auch mit Strafe bedroht ist, diese erwähnte Gefahr besonders besteht, da die der Vollendung, d. h. dem Eintritt des wirklichen Vermögensschadens vorausgehende Tätigkeit sich meistens aus Akten zusammensetzt, die rechtlich irrelevant oder sogar völlig erlaubt

sind und aus denen man sehr schwer auf eine verbrecherische Absicht schließen kann.

Hinzu kommt, daß weder nach der Versuchsdefinition des V.E. Wer die Ausführung eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens begonnen hat, wenn dieses nicht vollendet ist; noch nach der des G.E.: Wer mit dem Vorsatz, ein Verbrechen oder Vergehen zu vollenden, die Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, wenn das Verbrechen oder Vergehen nicht vollendet worden ist, für die Strafbarkeit der Versuchshandlung verlangt wird, daß mit sämtlichen zur Vollendung nötigen Handlungen — also auch mit der Vermögensbeschädigung — ein Anfang gemacht ist. Daß sich hierdurch die Schwierigkeit des Nachweises eines versuchten Untreuevergehens sehr vergrößern würde, kann nicht geleugnet werden.

Auf der anderen Seite wären aber auch, wenn der Versuch bestraft würde, die Inhaber einer solchen Vertrauensstellung nicht sicher vor Strafe bei ihren Handlungen, auch böswilligen Verdächtigungen sehr stark ausgesetzt, was zur Folge hätte, daß sich sehr wenig Personen zur Übernahme einer solchen Aufgabe bereit finden würden.

Auch die Verkehrs- und Rechtssicherheit würden insofern leiden, als einmal die feiner empfindenden zu Vertrauensstellungen geeigneten Personen sich aus dem Verkehrsleben zurückziehen würden und zum anderen dem richterlichen subjektiven Ermessen ein nicht erwünschter allzu freier Spielraum bei der Beurteilung solcher Versuchshandlungen gelassen würde. Aus allen diesen Gründen ist deshalb mit dem V.E. eine Strafbarkeit der Versuchshandlung bei dem Untreuedelikt abzulehnen.

Was die Bestrafung angeht, so will der V.E. nach § 277 das Vergehen der Untreue mit Gefängnis oder Haft oder mit Geldstrafe bis zu 10000 Mark bestrafen.

Der G.E. will das Vergehen nach § 322 generell mit Gefängnis bestrafen, droht aber in dem besonderen Fall, wenn der verursachte Vermögensschaden besonders groß ist oder der Täter die Tat längere Zeit hindurch fortgesetzt hat, noch eine Zuchthausstrafe bis zu 5 Jahren.

Nach beiden Entwürfen ist für Verbrechen und Vergehen als Strafe auch noch ein Verweis möglich, der also auch bei unserem Delikt in Frage kommen konnte. Der Hauptunterschied zwischen Strafmaß und Art der beiden Entwürfe besteht also darin, daß der G.E. noch die Möglichkeit einer Zuchthausstrafe kennt und die Geldstrafe als Nebenstrafe eine Höhe von 50000 Mark bei ihm erreichen kann. Ohne auf die Berechtigung dieser

oder jener Strafart und der Höhe der Geldstrafe einzugehen — bei letzterer ist höchstens noch zu bemerken, daß ihre Höhe für heutige Verhältnisse sicher zu groß ist — wollen wir nur der Ansicht Ausdruck geben, daß es u. E. im Vorentwurf aus rechtspolitischen Erwägungen verfehlt ist, von der Zuchthausstrafe ganz abzusehen.

Beide Entwürfe stellen für gewisse Untreuefälle ein Antragserfordernis auf. Mit Recht betont der V. E., daß diese Ausdehnung des Antragserfordernisses auch für das Untreuedelikt sachgemäß sei. Die Erweiterung des Tatbestandes, von dem jetzt auch bei Untreuehandlungen die Fälle der gesetzlichen Verwaltung des Ehemannes und des elterlichen Gewalthabers erfaßt werden, macht es nötig, daß man auch auf solche Fälle Rücksicht nimmt, in denen das Einschreiten von Amtswegen zugleich einen schweren Eingriff in die Familienverhältnisse und ähnliche interne Beziehungen bedeuten würde. Aus ähnlichen Motiven ist auch ein Strafantrag angebracht, wenn die Untreue gegen eine Person begangen wird, zu der der Täter im Lehrlingsverhältnis steht oder in deren häuslichen Gemeinschaft er lebt. Der Antrag kann nach § 278 Abs. 1 Satz 2 V. E. zurückgenommen werden; der G. E. spricht in § 39 die Zurücknehmbarkeit eines Strafantrags aus. In diesem Punkt besteht jedoch ein Unterschied zwischen beiden Entwürfen insofern, als nach § 75 V. E. eine Strafverfolgung gegen sämtliche an der Tat Beteiligten stattfindet, auch wenn nur gegen einen von ihnen ein Strafantrag gestellt ist, und dementsprechend nach § 74 V. E. die Zurücknahme des Antrags gegen einen an der Tat Beteiligten die Einstellung gegenüber den übrigen zur Folge hat; während nach §§ 38 Satz 2, 39 Satz 2 der G. E. für diesen Fall den Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrages durchbrochen wissen will.

Mit der gemeinen Meinung ist dies abzulehnen, weil, wie die Begründung zum V. E. richtig anführt, wichtiger als die manchmal begreiflichen Wünsche der Verletzten die Notwendigkeit sei, daß das Gerechtigkeitsgefühl nicht wie in einem solchen Fall zu sehr verletzt würde.

F. Die Untreue im K. E. von 1913 und E. von 1919.

I. Der objektive Tatbestand.

Die Fassung des Delikttatbestandes der Untreue ist in § 367 K. E. und § 377 E. von 1919 die gleiche. Beide Entwürfe unterscheiden sich nur in der Strafandrohung voneinander.

§ 377 lautet: Wer fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, wissentlich mißbraucht, wird mit Gefängnis bestraft.

Der objektive Tatbestand hat, abgesehen von einer Wortänderung im Vergleich mit dem V. E. keine Abänderung erfahren.

Der Täterkreis wird durch den allgemeinen Begriff „Wer" umschrieben. Zu ergänzen ist, daß dem Täter die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, gegeben sein muß.

Unter Verfügung ist nicht eine dingliche Änderung der Rechtsverhältnisse im Sinne des B. G. B. zu verstehen. Die Befugnis zu jeder rechtsgeschäftlichen Einwirkung auf ein fremdes Vermögen schafft gegebenen Falles ein mögliches Tätersubjekt. Ausgeschlossen als Täter ist derjenige, der ein rein tatsächliches Machtverhältnis zu einem fremden Vermögen mißbraucht oder zu einer Herbeiführung tatsächlicher Veränderungen befugt ist. Ebenso genügt noch nicht die Befugnis, bloße Rechtshandlungen für andere vorzunehmen.

Zum Kreis derjenigen, die Verfügungsbefugnis kraft gesetzlicher Vorschrift haben, gehören zunächst die nach § 266 Ziff. 1 St. G. B. möglichen Tätersubjekte. Damit ist aber die Zahl der möglichen Subjekte noch nicht erschöpft. In Abänderung zum geltenden Recht fallen jetzt auch unter diesen Begriff z. B. der elterliche Gewalthaber sowie der Ehemann als Verwalter eines Frauengutes. Gleichfalls sind hier zu nennen die gesetzlichen Vertreter bei Korporationen sowohl mit als ohne Rechtsfähigkeit; ferner gehören hierher die Vollstrecker von Erbverträgen sowie der Beistand einer Mutter (§ 1687 ff. B. G. B.). Eine wesentliche Erweiterung der Anzahl der Tätersubjekte ist weiterhin dadurch gegeben, daß jetzt auch die öffentlichen Beamten, soweit sie kraft ihres Amtes fremdes Vermögen verwalten, das Untreuedelikt begehen können, da unter Gesetz im Sinne des Entwurfes auch die Vorschriften des öffentlichen Rechtes zu verstehen sind.

Die Reihe der Personen, die durch privates Rechtsgeschäft zur Verfügung über fremdes Vermögen befugt sind, wird zunächst ausgefüllt durch die Subjekte in § 266 Ziff. 2 geltenden Rechts. Hinzu kommen aber noch die Personen, die kraft besonderer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zu einer Verfügung über fremdes Vermögen befugt sind, ohne daß ein Vollmachtsverhältnis Grundlage dieser Befugnis ist. Hier ist als Beispiel der Verkaufskommissionär zu erwähnen, der nicht Bevollmächtigter ist,

da er ja in eigenem Namen handelt, trotzdem aber die Verfügungsbefugnis über fremdes Vermögen hat.

Aus dem Tatbestand scheiden als Tätersubjekte alle die bisher nach Ziff. 3 § 266 strafbaren Personen, außer dem Versteigerer aus, da ihre Tätigkeit nicht in einem rechtsgeschäftlichen Handeln besteht und ihnen eine Verfügungsgewalt über fremdes Vermögen fehlt. Diese Regelung ist zu begrüßen, da der Untreuetatbestand hiermit von einer dem Wesen der Untreue nicht entsprechenden, ihre Natur völlig verkennenden Belastung befreit wird.

Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob man nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen einen besonderen Tatbestand schafft, wenn Leute dieser Berufe, zu denen dann noch die ungetreuen Vermittlungsagenten und Privatmäkler hinzuzunehmen wären, in Ausführung ihrer Tätigkeit fremdes Vermögen schädigen. Im Untreuetatbestand haben sie jedenfalls keinen Platz.

Das Gleiche gilt von einer Einbeziehung der Treuhänder und Personen in gleicher Rechtsstellung, z. B. der Einkaufskommissionäre bezüglich des Kommissionsgutes und der indirekten Stellvertreter in den Tatbestand als mögliche Tätersubjekte, weil es bei diesen Personen an einem rechtswidrigen Vermögensangriff fehlt. Außerdem fehlt es auch an der Fremdheit des Gegenstandes über den verfügt ist, denn die Personen handeln aus eigener Machtvollkommenheit. Besonders hervor tritt dieser Unterschied beim fiduziarischen Eigentümer. Er befindet sich im vollen Besitz des Eigentums an der betreffenden Sache, obwohl seine Verfügung über sie zum Teil durch obligatorische Rechtsbeziehungen gehindert ist. (cf. Leopold S. 44 ff.)

Hierbei soll jedoch nicht geleugnet werden, daß diese Personen, wenn sie ihre Rechtsstellung zu einer Beschädigung fremder Vermögensinteressen mißbrauchen, damit durchaus verwerflich handeln, und die Strenge des Gesetzes fühlen müssen.

Dieser Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit ihrer Handlung genügt jedoch nicht, um zu rechtfertigen, daß der Untreuetatbestand durch ihre Aufnahme als Tätersubjekte unklar wird. Durch einen besonderen Tatbestand könnte man zweckmäßig diese Vergehen regeln. (cf. Leopold S. 53 ff.)

Im objektiven Tatbestand ist nun klar zum Ausdruck gebracht, daß ein Vermögensschaden eingetreten sein muß durch den Mißbrauch des Untreuetäters. Die Verletzung persönlicher Rechte kann also nicht unter den Tatbestand der Untreue fallen.

Objekt der Handlung ist wie auch im geltenden Recht das Vermögen, ohne eine Beschränkung auf das Aktienvermögen

Vermogen ist jetzt Inbegriff aller Rechte und Verpflichtungen, über die ein Rechtssubjekt durch Rechtsgeschäft verfügen kann. Das beschädigte Vermögen darf dem Täter nicht gehören, muß also ein fremdes sein. Der Machtgeber braucht jedoch selbst nicht Eigentümer zu sein.

Der Vermögensschaden muß tatsächlich eingetreten sein. Es genügt nicht etwa schon, daß der Täter ohne Beschädigung des ihm anvertrauten Vermögenteils einen Vorteil erlangt hat.

Der Untreuetäter muß die ihm eingeräumte Vermögensbefugnis mißbrauchen. Er muß also mißbräuchlich verfügen, d. h. seine Stellung in einer Art und Weise ausüben, die in Widerspruch zu den ihm obliegenden Aufgaben steht. Als maßgeblich für die Bestimmung der Aufgaben wird man den Willen der Parteien anzusehen haben. Der Täter darf seine Befugnis nicht überschreiten, oder etwa ohne sie handeln, da er dann nicht mehr in der Eigenschaft handelt, auf die sich seine Verfügungsmacht gründet. Es liegt dann kein strafbarer Mißbrauch vor.

Auch im Unterlassen kann eine Handlung liegen, wenn der Täter kraft seiner Stellung zu einem Tun rechtlich verpflichtet war.

Durch diese Fassung des Tatbestandes werden zunächst eine Reihe von tatsächlichen Handlungen straflos bleiben, weil ja die Tätigkeit des Handelnden nicht in einem Verfügen besteht. Diese Regelung ist zu begrüßen, da sonst der Tatbestand jede feste Abgrenzung verlieren würde.

Dann ist der Tatbestand weiterhin auch nicht auf die Möglichkeit einer Verletzung der persönlichen Interessen eingestellt. Ehe, Sittlichkeit usw. sind aber auch sonst schon hinreichend geschützte Rechtsgüter.

II. Der subjektive Tatbestand.

Die Entwürfe machen bezüglich des subjektiven Tatbestandes einen Unterschied zwischen dem Erfolg und der Art der Begehung des Delikts. Den Erfolg, den Eintritt des Vermögensschadens muß der Täter in seinen Vorsatz aufgenommen haben. Vorsätzlich handelt gemäß §§ 17, 11 Entwürfe von 1913, 19 derjenige, der den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht oder die Verwirklichung des Tatbestandes zwar nur für möglich hält, jedoch für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist.

Für die Vermögensbeschädigung soll also der dolus eventualis ausreichend sein, während für die Handlung, also für den Mißbrauch der Befugnis, dieser nicht genügen soll.

Denn für den Begriff „wissentlich" genügt es nach §§ 18 Abs. 1, 13 Abs. 1 der Entwurfe nicht, daß der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes nur für möglich hält und für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist. Der Täter muß stets wissen, daß sein Verfügen ein mißbräuchliches ist.

Die Strafe ist Gefängnis von einem Tag bis 5 Jahre § 46 E. Hat der Täter aus Gewinnsucht gehandelt, so kann daneben auf eine Geldstrafe bis zu 100 000 Mark erkannt werden. Nach § 75 E. können die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt werden. Bei mildernden Umständen ist Geldstrafe allein zulässig. § 115, Abs. 2. In K. E. ist noch die Möglichkeit einer Zuchthausstrafe vorgesehen für besonders schwere Fälle.

Für beide Entwürfe ist noch zu erwähnen, daß in besonders leichten Fällen von Strafe abgesehen werden kann. § 116 K. E., § 16 E. In besonders gearteten Fällen ist die Untreue ein Antragsdelikt § 368 K. E. § 378 E. Die Unteilbarkeit und die Rücknahme des Antrages sprechen §§ 47, 48 K. E. und 40, 41 E. aus.

G. Die Untreue im Amtl. Entwurf von 1925 und im Entwurf von 1927.

Die Grundlage des neuen allgemeinen deutschen Strafrechts wird der Entwurf von 1925 bilden, der nach Durchberatung im Reichsrat mit verschiedenen Abänderungen dem Reichstag von der Reichsregierung im Mai 1927 vorgelegt worden ist.

Im amtlichen Entwurf von 1925 war das Delikt der Untreue in § 314 folgendermaßen geregelt:

Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über das Vermögen eines anderen zu verfügen, wissentlich zum Nachteil des anderen mißbraucht, wird mit Gefängnis bestraft.

Im amtlichen Entwurf von 1927 hat der Untreuetatbestand in § 348 folgende Fassung erhalten:

Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht, und dadurch dem anderen Nachteil zufügt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer, abgesehen von den Fällen der §§ 333, 334, Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist oder das er für einen anderen empfangen hat, zum Nachteil des Berechtigten für sich oder einen Dritten verwendet.

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

Damit hat der Tatbestand eine Fassung gefunden, die in einer Reihe von Begriffen mit der des Entwurfs von 1919 übereinstimmt, sich aber auch von dieser Fassung stark unterscheidet.

I. Der objektive Tatbestand.

Was zunächst den objektiven Tatbestand betrifft, so ist das Objekt der Handlung wie in E. 1919 das Vermögen, also die Summe aller Vermögensrechte und -pflichten, über die ein Rechtssubjekt durch Rechtsgeschäft wirksam verfügen kann. Gleichfalls muß das Vermögen ein fremdes sein und darf dem Täter nicht gehören.

Auch jetzt muß der Täter die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über das Vermögen zu verfügen, mißbrauchen. Es gilt für die Auslegung dieser Begriffe das gleiche wie beim Entwurf 1919. Auch der Täterkreis ist derselbe. Hier kann noch zu einem Einwand Stellung genommen werden, den Jung bezüglich der Tätersubjekte allgemein macht. (a. a. O. S. 50.) Er erblickt eine Lücke des Untreuetatbestandes darin, daß diejenigen Personen von der Bestrafung ausgeschlossen sind, denen zwar die Fürsorge für fremdes Vermögen obliegt, deren Verfügungsmacht sich jedoch weder auf Gesetz noch auf ein mit dem Geschädigten geschlossenes Rechtsgeschäft gründet: Er führt als Beispiele an: Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer juristischer Personen, wenn diese die Kunden ihrer Körperschaft dadurch benachteiligen, daß sie über deren ihrer Verwaltung unterliegenden Vermögensstücke tätlich verfügen. Weiter zählt er hierher die Prokuristen der Einzelkaufleute und der juristischen Personen. Aus diesem Grunde schlägt er vor, in den Tatbestand einzufügen „oder vermöge rechtlicher Verpflichtung".

Unzweifelhaft ist eine Bestrafung in diesen Fällen dann möglich, wenn der veruntreute Gegenstand zum Vermögen der Körperschaft gehört.

Nach dem geltenden Recht und nach den Entwürfen ist es jedoch nicht möglich, wenn es sich um Vermögensstücke des Kunden handelt, da das Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Täter über fremdes Vermögen verfügt, sein Anstellungsvertrag ist, nicht dagegen, das zwischen dem Kunden und der Körperschaft bestehende Rechtsgeschäft. Es fehlt also an einer direkten Rechtsbeziehung zwischen dem Kunden und dem ungetreuen Angestellten.

Gerade aus diesem Grunde erscheint aber der geforderte Zusatz mit dem Wesen der Untreue nicht vereinbar. Mit dem Anstellungsvertrag hat der Kunde nicht das geringste zu tun und hat auch keinerlei Einfluß auf ihn. Für Fälle dieser Art müßte man eben, da sie zweifellos strafwürdig erscheinen, einen eigenen Tatbestand schaffen. Häufig wird es aber bei diesen Fällen, zumal wenn es sich um bewegliche Sachen handelt, möglich sein, den Täter wegen Unterschlagung eventuell wegen Diebstahl zu bestrafen.

Die Art der Begehung des Delikts besteht in einem Mißbrauch der Verfügungsbefugnis. Das Wort „verfügen" ist auch hier nicht im Sinne des B. G. B. zu verstehen, sodaß der Täter eine dingliche Rechtsänderung vornehmen müßte. Es genügt jede rechtsgeschäftliche Einwirkung auf das fremde Vermögen, während rein tatsächliche Handlungen und sogenannte Rechtshandlungen nicht unter den Begriff fallen. Die Untreue ist auch nur in ihrer Form begehbar. Denn die Gesetzesvorschrift oder das Rechtsgeschäft müssen gerade bezwecken, dem Täter eine solche Befugnis einzuräumen. Der Entwurf macht dies klar an dem Beispiel, daß jemand keine Untreue begeht, der eine fremde Sache, die ihm zur Aufbewahrung übergeben worden ist, sich zueignet Dieser begeht Unterschlagung.

Auch der Begriff Mißbrauch kann keine andere Auslegung erfahren, wie beim E. von 1919. Es ist klar, daß z. B. der Bevollmächtigte nach außen hin bevollmächtigt war, gleichgültig, ob er die ihm erteilten generellen Weisungen des Vollmachtgebers überschritten hat, was z. B. bei einem Prokuristen der Fall sein könnte. Dabei muß sich aber die Handlung des Täters innerhalb der ihm eingeräumten Machtstellung halten. Überschreitet er seine Befugnisse oder liegt eine Befugnis gar nicht mehr vor, so kann eine Untreuehandlung nicht begangen werden.

Neben der Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, soll auch die Befugnis, einen anderen zu verpflichten, vom Täter mißbraucht, eine Untreuehandlung darstellen können. Dieser Zusatz im Tatbestand des Delikts ist in keinem der bisherigen Entwürfe zu finden. Begründet wird er damit, daß die Einfügung geschehen sei, um jeden Zweifel darüber auszuschließen, daß auch die Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung z. B. Übernahme einer Bürgschaft eine Untreuehandlung sein könne. (Begründung S. 179.)

Dieser Zusatz erscheint überflüssig. Durch den Begriff „verfügen", über dessen Auslegung „als tatsächliches Verfügen" auch im geltenden Strafrecht bezüglich der Untreue eine fast ein-

heitliche Meinung besteht, ebenso wie in den Ausführungen der Entwurfe über diesen Begriff ist schon genügend dieser Möglichkeit Rechnung getragen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung eine Verfügung im Sinne des Untreuetatbestandes darstellt. Es erscheint aber nicht richtig einen klaren Begriff durch eine Wiederholung mit anderen Worten unklarer zu machen.

Der Mißbrauch der Befugnis muß für den anderen, auf dessen Vermögen der Täter einwirken kann, nachteilig sein, und zwar muß es sich, wie aus der Begründung sich ergibt, um einen Vermögensnachteil handeln. In diesem Punkte unterscheiden sich die Tatbestände von 1919 und 1925 bzw. 1927. Die Begründung zum A. E. 1927 (S. 180) erläutert den Begriff „zum Nachteil" nicht. Sie begnügt sich damit, drei Fälle zu nennen, in denen ein Nachteil für das Vermögen vorliegen soll; und zwar soll dieser Nachteil nicht nur vorliegen, wenn der Aktivbestand des Vermögens vermindert oder die Schulden des Vermögens vermehrt sind, sondern auch dann, wenn die Sicherheit einer zum Vermögen gehörenden Forderung vermindert wird.

Der Begriff „zum Nachteil handeln" findet sich noch in den §§ 90, 337, 339 und 343. Für unsere Zwecke scheiden die §§ 90 und 337 aus. Nach der Begründung des Entwurfs (S. 371) liegt in § 339 bei der Erpressung eine nachteilige Einwirkung für das Vermögen dann vor, wenn die Gesamtvermögenslage des Betroffenen nach der Tat ungünstiger ist als vorher. Das soll der Fall sein, wenn sich die Aktiven vermindert oder die Passiven erhöht haben und auch dann schon, wenn beispielsweise jemand einen anderen nötigt, auf sein Erbrecht zu verzichten.

In § 343 (Betrug), wo der Begriff nochmals wiederkehrt, nimmt die Begründung (S. 177) Bezug auf die von uns oben angeführten Bemerkungen zu § 339. Es wird aber hier die Ansicht vertreten, daß sich das Erfordernis des Vermögensnachteils sachlich mit dem Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung im geltenden Recht decke.

Diese sachliche Übereinstimmung muß auch für den Untreuetatbestand Geltung haben. Es entfallen damit die Bedenken, die man bei der Fassung des A. E. von 1925 bezüglich des Mißbrauchs der Verfügungsbefugnis zum Nachteil eines anderen haben konnte. Denn hier war vor allem nicht klar zum Ausdruck gekommen, daß ein Vermögensschaden eingetreten sein muß, und man konnte der Meinung sein, daß schon eine bloße Vermögensgefährdung zur Verwirklichung des Tatbestandes genügen könne

Damit wären aber die Fälle, in denen eine Untreuehandlung vorliegen konnte, sehr erweitert worden, da es in der Praxis der Rechtsprechung wohl nie ganz Klarheit über diesen Begriff gegeben hätte. Damit wäre auch die bedauerliche Unklarheit in der Rechtsprechung, die sich bei der Auslegung des Begriffs im geltenden Recht bemerkbar macht, nicht beseitigt worden.

Im E. von 1927 ist diese Unklarheit vermieden worden, indem durch die Fassung „und dadurch dem anderen Nachteil zufügt" klar zum Ausdruck gebracht ist, daß der Vermögensnachteil eingetreten sein muß.

Was man nun im einzelnen unter einem Vermögensnachteil (Vermögensschaden) verstehen kann, wird grundsätzlich darauf ankommen, wie man den Begriff „Vermögen" deutet. Hierüber herrscht, wie schon erwähnt (S. 47), in der Wissenschaft Streit. Nach der herrschenden Ansicht ist Vermögen der Inbegriff der Geld werten Güter, über die jemand rechtlich im eigenen Interesse selbst oder durch einen Vertreter verfügen kann. (cf. Frank zu § 263 S. 564 u. dort angf. Lit.)

Daraus folgert die herrschende Meinung, daß die Beschädigung des Vermögens in der geldwerten Verminderung der zu ihm gehörenden Güter besteht, und nur dann vorliegt, wenn der Inbegriff der einer Person zustehenden Güter in seinem Gesamtgeldwert vermindert wird. (cf. R. G. 16, 1; 47, 74.)

Diese Auffassung kann deshalb nicht geteilt werden, weil übersehen wird, daß das Vermögen eines Rechtssubjektes nie im ganzen, sondern nur in seinen Teilen angegriffen werden kann, und daß jede Verletzung eines Vermögensrechtes, auch wenn gleichzeitig an anderer Stelle ein Rechtszuwachs eintritt, deshalb eine Verletzung doch bleibt. (cf. Binding a. a. O. S. 238 mit Beispiel.)

Auch wird nicht gewürdigt, daß es doch auch Eigentum und damit auch Forderungsrechte auf solche Sachen gibt, die wertlos sind und deshalb eines bestimmten Geldwertes entbehren.

Endlich könnte in den Fällen des Betruges oder der Erpressung einer Geldsumme z. B. eine Vermögensbeschädigung nie angenommen werden, da ja aus der Rechtsverletzung ein voller Schadensersatzanspruch besteht, denn diese Ersatzforderung gleicht ja, wenn sie getilgt wird, das erlittene Minus voll aus.

U. E. mit Recht nennt Binding diese Auffassung des R.G. eine wirtschaftliche, aber nicht eine juristische.

Nach ihm ist im Rechtssinne jeder an seinem Vermogen geschädigt, der ohne die Billigung des Gesetzes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, an der es besteht, oder um die Mög-

lichkeit seiner vollen Ausübung gebracht wird, sowie jeder, dem nicht geleistet wird, was er rechtlich zu fordern hat, und dem grundlos eine Leistungspflicht auferlegt wird, ganz gleichgültig, ob wirtschaftlich jene Einbuße, wie in den weitaus meisten Fällen, sich auch als Verlust oder eben ausnahmsweise als Gewinn darstellt. (Binding Lehrbuch S. 240.)

Der Vermögensschaden muß ein Schaden im Rechtssinne sein, d. h. das Strafrecht kann da keine Vermögensverletzung annehmen, wo das maßgebende bürgerliche Recht sie leugnet. Der Schaden braucht kein dauernder zu sein. Es kommt nicht darauf an, ob der Täter ihm wieder gut machen kann oder will. Ebenso wie es belanglos ist, ob der Täter sich oder einen anderen bei der Untreuehandlung bereichern will oder nicht. Wohl erfordern Erpressung und Betrug diese Voraussetzung.

Auch nach dieser Auffassung vom Vermögensschaden liegt er dann vor, wenn, wie in der Begründung S. 180 an Beispielen gezeigt wird, entweder der Aktivbestand vermindert oder die Vermögensschulden vermehrt oder eine Vermögenssicherheit durch Aufgabe eines Rechtes vermindert wird.

Obwohl hiernach zwischen der Fassung der Entwürfe von 1927 und 1919 sachlich ein Unterschied zwischen dem Begriff Vermögensschaden und Vermögensnachteil, ausgenommen die Auslegung des Begriffes Vermögen, nicht besteht, wird es sich doch empfehlen, im Gesetzestext klar zum Ausdruck zu bringen, daß die mißbräuchliche Handlung einen Vermögensschaden zur Folge gehabt haben muß. Auf diese Weise kann der Tatbestand nur an Klarheit und Deutlichkeit gewinnen. Geeignet erscheint die Fassung bezüglich dieses Punktes, wie sie im E. 1919 geregelt ist

II. Der subjektive Tatbestand.

Um den subjektiven Tatbestand zu verwirklichen, muß der Untreuetäter wissentlich gehandelt haben. Während nach § 17 A. E. 1927 vorsätzlich derjenige handelt, der den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht, oder die Verwirklichung zwar nur für möglich hält, jedoch für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist, genügt es in den Fällen, wo das Gesetz wissentliches Handeln erfordert, gemäß § 18 nicht, daß der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes nur für möglich hält und für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist.

Begründet wird dieser Ausschluß des Eventualvorsatzes damit, daß häufig der Vertreter etwas auf das Spiel setzen müsse, um den Interessen seines Machtgebers dienen zu können, und deshalb bei Zulassung des dolus eventualis zu leicht sich in den Maschen

des Untreueparagraphen verstricken könne. Gerade die im Rechtsverkehr unentbehrlichen gewissenhaften und pflichttreuen Menschen würden so abgestoßen.

Damit hat der Entwurf eine Zweiteilung bezüglich des subjektiven Tatbestandes eintreten lassen.

Nur wenn der Täter weiß und will, daß seine Verfügung ein Mißbrauch ist, soll er Untreue begehen können; hier soll also der dolus eventualis ausgeschlossen sein. Für die Wirkung des Mißbrauchs, die Vermögensbeschädigung, soll dagegen der Vorsatz, und damit der bedingte Vorsatz, genügen.

Diese Fassung fordert zu starken Bedenken heraus.

Es wird zunächst meistens sehr schwierig sein, die Verschiedenheit der Vorsätze bezüglich der Handlung und des Erfolges festzustellen.

Ferner würde eine zu starke Einschränkung der Strafverfolgungsmöglichkeit dadurch eintreten, daß der Beweis der Wissentlichkeit bezüglich der Handlung sehr schwer zu erbringen sein wird.

Endlich erscheint es rechtspolitisch nicht richtig, subjektive Tatbestandsmerkmale nur mit Rücksicht auf den zu erwartenden Täterkreis festzusetzen. Die Hauptfrage wird immer die sein müssen, ob eine Straftat, begangen gleichgültig von wem, jeweils eine Strafe verdient.

So betrachtet kann nicht zweifelhaft sein, daß auch die Handlung eines Menschen, der eine mit dem Mißbrauch seiner rechtlichen Verfügungsmacht verbundene Schädigung fremden Vermögens zwar nicht will, aber immerhin doch für möglich hält, und für diesen Fall auch damit einverstanden ist, strafwürdig erscheint.

Es gilt bei diesem Punkt sich einmal frei zu machen von der Vorstellung, die Untreue habe eine nur untergeordnete Bedeutung im System der Vermögensdelikte. Leider sind die Bestrafungen wegen Vergehen gegen dieses Delikt heute noch verhältnismäßig selten, was gewiß nicht darin seinen Grund hat, daß strafbare Handlungen dieser Art heute nur wenig begangen würden. Im Gegenteil ist der Mißbrauch der Verfügungsbefugnis im Wirtschaftsleben, das ja gerade bei seiner jetzigen Ausdehnung auf Vermittlungstätigkeiten sehr stark angewiesen ist, in seiner Häufigkeit offenkundig. Nur ein Untreuetatbestand, der klar und deutlich abgefaßt ist, dafür aber auch alle in Frage kommenden Möglichkeiten erschöpft, kann hier Abhilfe schaffen.

Man kann auch nicht sagen, wie die Begründung S. 180 es tut, der Vertreter z. B. müsse die Möglichkeit haben, etwas aufs Spiel zu setzen. Denn hierzu ist auch trotz der Neufassung des

Tatbestandes noch genügend Gelegenheit geboten, da es häufig am Bewußtsein des Mißbrauchs und dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen wird. Liegt das Bewußtsein des Mißbrauchs aber in Risikofällen vor, dann hat der Vertreter eben das Bewußtsein des Risikos, also der Möglichkeit einer Schädigung, und ist dann, ohne daß ein ersichtlicher Grund dagegen spricht, strafbar.

Es erscheint deshab angebracht, im subjektiven Tatbestand den Begriff wissentlich fallen zu lassen, sodaß Vorsaß und Eventualvorsaß sowohl für Handlung als Erfolg genügen würden. (cf. Jung a. a. O. S. 78 ebenso.)

III. Der Versuch.

Der Versuch des Delikts soll auch nach dem A. E. von 1927 straflos bleiben. (cf. § 26 Abs. 1.) Diese Regelung ist mit Rücksicht auf die besondere strafrechtliche Natur der Untreue und auf den daraus folgenden Tatbestand zu begrüßen. Auch bezüglich des E. 1927 gilt das, was die Begründung des E. 1919 S. 768 hierüber sagt: „Die Einbeziehung des Versuchs würde einerseits oft nichts nüßen, andererseits die Möglichkeit all zu weiter Ausdehnung der Strafbarkeit eröffnen. Es ist mit dem bisherigen Recht anzunehmen, daß ein Bedürfnis für die strafrechtliche Repression hier erst mit der vollendeten Vermögensbeschädigung eintritt."

Den bloßen Mißbrauch der Verfügungsmacht ohne Rücksicht auf den Eintritt des Vermögensschadens als versucht zu bestrafen, liegt abgesehen von der Schwierigkeit, festzustellen, wann er mit dem Vorsaß der Herbeiführung eines Schadens getätigt ist, auch gar nicht im Interessengebiet des Strafrechts, da diese Handlung mehr oder weniger eine ethisch zu wertende Handlung wäre, die den Machtgeber sicherlich veranlassen würde, die erteilte Verfügungsbefugnis zu entziehen.

In den Untreuetatbestand ist der schon oben im Text wiedergegebene Absaß 2 zum ersten Male eingefügt.

Die hier in Frage kommenden Fälle unterscheiden sich von den Fällen des Absaß 1 dadurch, daß in ersteren eine Verfügungsmacht tatsächlicher Natur mißbraucht wird. (cf. Begründung S. 180.) Ohne die Strafwürdigkeit dieser Fälle zu bestreiten braucht hier nur festgestellt zu werden, daß dieser Absaß 2 im Untreuetatbestand systematisch betrachtet völlig verfehlt ist. Man ist hier leider wieder in den Fehler verfallen, grundsäßlich nicht zusammenhängende Tatbestände in einen Paragraphen zu zwängen, wie es leider ja auch bei § 266 im geltenden Strafrecht geschehen ist. Eine solche Regelung würde aber eine erhebliche

Gefährdung der Klarheit des endlich auch gesetzgeberisch gewonnenen Begriffs der Untreue bedeuten.

IV. Die Strafe.

Die Strafe ist Gefängnis bis zu 5 Jahren. Bei mildernden Umständen ist gemäß § 73 Absatz 5 Geldstrafe zulässig. Eine Annahme besonders leichter Fälle gemäß § 76 ist, da nicht besonders erwähnt, unmöglich; dagegen eine Annahme besonders schwerer Fälle gemäß § 77. Hierfür ist in Absatz 3 § 348 eine Zuchthausstrafe bis zu 5 Jahren vorgesehen. Diese Regelung der Strafmöglichkeit ist sehr zu begrüßen. Es wird durchaus dem Rechtsempfinden weitester Volkskreise entsprechen, wenn der Richter in besonders verwerflichen Fällen den Untreuetäter mit Zuchthausstrafe belegen kann.

V. Der privilegierte Tatbestand.

In § 349 hat der Entwurf einen privilegierten Tatbestand aufgestellt, wie dieses auch schon in den §§ 368, 378, 315 der Entwürfe von 13, 19 und 25 vorgesehen war. Mit Rücksicht auf nahe verwandtschaftliche Beziehungen oder erzieherische Interessen soll hier eine eventuelle Strafverfolgung des Täters oder des Teilnehmers nur auf Verlangen des Verletzten erfolgen. In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen. Der Begriff Angehörige umfaßt die in § 10 genannten Personen. Wie das Verlangen im einzelnen kundgegeben werden muß, ist nicht angegeben. Wahrscheinlich soll diese Frage, wie in § 332 letzter Absatz Begründung dargelegt, wird einer Ergänzung der Strafprozeßordnung überlassen bleiben, wegen der prozessualen Natur dieser Fragen. Zu fordern ist die Möglichkeit, den Antrag zurücknehmen zu können.

H. Eigener Vorschlag.

Da wir bei den einzelnen Punkten schon unsere abweichende Ansicht bezüglich der Fassung des Untreuedelikts im Entwurf von 1927 dargelegt haben, wird es unseres Erachtens genügen, in einem Vorschlag die uns zweckmäßig und zutreffend erscheinende Fassung des Untreuetatbestandes auszusprechen. Sie schließt sich an die Fassung im Entwurf von 1919 an, und lautet.

1. Wer fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz und Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, mißbraucht, wird mit Gefängnis bestraft.
2. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

Die Fassung des privilegierten Tatbestandes beizubehalten, bestehen keine Bedenken.

Benutztes Schrifttum.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts VII. Aufl. 1912.

Ammon: Die Untreue, Tübingen 1894.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums Berlin, 1925.

Berner: Lehrbuch 18. Aufl. 1898.

Binding: Handbuch I. Band 1885.

Binding: Lehrbuch. Besonderer Teil I. Band 2. Aufl. 1902; II. Band I Abtlg. II. Aufl. 1904, II. Abtlg. 1905.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte I. 1906, II. 1892.

Cartier: Der objektive Tatbestand der Untreue, Bern 1902.

Caspar: Darstellung des strafrechtlichen Inhalts des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadtrechts, Berlin 1892.

Criminal-Gesetzbuch, das neue Sachsens, von einem Gelehrten, Leipzig 1838.

Draheim: Untreue und Unterschlagung; v. Lilienthals Hefte 39.

Engelhardt: Die Untreue, Würzburg 1902.

Ensheimer: Die Untreue de lege ferenda, Heidelberg 1923.

Entwurf 3 zum R.St.G.B. von 1870.

Entwurf der Strafrechtskommission 1913 (K.E.).

Entwurf von 1919, nebst Denkschrift, Berlin 1920.

Entwurf eines Allg. Deutschen St.G.B., Reichstagsdrucksache Nr. 3390, 1927.

Freudenthal: Die Untreue in „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts". Besonderer Teil VIII. Band, Berlin 1906.

Friese: Das Strafrecht des Sachsenspiegels; Gierkes Untersuchungen, Heft 55, 1898.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen St.G.B.; Kahl, v. Lilienthal, von Liszt und Goldschmidt, Berlin 1911.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht Band I.—III. 1895—1905, 1917

Goltdammer: Materialien zum St.G.B. für die preußischen Staaten, Teil 2, Berlin 1852.

Goltdammer: Archiv für Strafrecht; zitiert nach Bd., Seite.

Grunow: Die Untreue des Bevollmächtigten, Magdeburg 1897.

Hälschner: Geschichte des Brandenburg-preußischen Strafrechts.

Hälschner: System des gemeinen deutschen Strafrechts I. 1881, II. 1884—87.

v. Holtzendorff-Merkel: Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen I.—III. 1871—74; IV. 1877.

Ihering, Rudolph v.: Geist des römischen Rechts IV. Aufl. 1873.

Jung: Die Untreue nach dem V.E. und den Entwürfen 1913 und 1919, vergl. mit dem geltenden Recht, Erlangen 1921.
Konrad: Die Untreue, 1900.
Koppelmann: Die Untreue in § 266 R.St.G.B., Würzburg 1922.
Kronecker: Bemerkungen zu einzelnen Urteilen des R.G. in Golt Archiv 34.
Leopold: Zum Tatbestand der strafbaren Untreue; v. Lilienthals Hefte 94.
Liszt, von: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1921.
Löning: Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876.
Löning: Grundriß zu Vorlesungen, Frankfurt a. M. 1885.
Merkel: Lehrbuch des Strafrechts, 1889.
Meyer, H.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts V. Aufl., Leipzig 1895.
Mommsen: Römisches Strafrecht, 1899.
Motive zum Strafgesetzbuch; Sitzungsperiode 18, Schriftstück Nr. 5.
Olshausen: Kommentar X. Aufl. 1916.
Oppenheim: Die Objektive des Verbrechens.
P.G.O. Peinliche Gerichtsordnung Karls V. Ausgabe Kohler und Scheel, Berlin 1900.
R.G.E. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, zitiert nach Bd. S.
R.G.R. Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, Band 1—10, Ende 1888 eingegangen; zitiert nach Bd. S.
R.G.Z. Entscheidungen des R.G. in Zivilsachen, zitiert nach Bd. S.
R.G.Räte: Kommentar des R.St.G.B. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des R.G., erläutert von Ebermeyr, Eichelbaum, Lobe und Rosenberg, 1920.
Roder: Die Untreue nach den Entwürfen zu einem St.G.B., vergl. mit dem Geltenden Recht, Erlangen 1921.
Sachsenspiegel, Ausgabe von Homeyer.
Schwabenspiegel, Ausgabe von Laßberg.
Schwarz: Das St.G.B. für das deutsche Reich mit Kommentar, 1914.
Schwarze: Sächsisches Strafgesetzbuch von 1868 und Kommentar, 1868.
Seidl: Die Untreue nach dem V.E. und G.E., Erlangen 1913.
Siemonsohn: Der Vorteil, 1889.
Sohm-Mitteis-Wehnger: Institutionen 17. Aufl. 1926.
Vorentwurf (V.E.) zu einem deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung, bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigenkommission, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizamtes, Berlin 1909.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.
Wahlberg: Gesetzgebungsfragen inbetreff der strafbaren Untreue, in Ges. kl. Schriften 2, 1877.

Lebenslauf.

Am 28. 12. 1901 bin ich in Kassel als Sohn des Eisenbahn-Obersekretärs Albert König und seiner Ehefrau Sophie, geb. Breithaupt, geboren.

In Barmen und Elberfeld habe ich vier Jahre die katholische Volksschule besucht. Das Gymnasialstudium habe ich auf den humanistischen Gymnasien in Elberfeld, Warburg in Westfalen, und von 1914—1922 in Kassel auf dem staatlichen Wilhelmsgymnasium, das ich 1922 mit dem Zeugnis der Reife verlassen habe, betrieben. An den Universitäten in Berlin, Göttingen und Marburg a. Lahn habe ich die Rechts- und Staatswissenschaften studiert. Das Universitätsstudium habe ich mit der ersten juristischen Staatsprüfung im Juli 1926 abgeschlossen. Am 26. Juli 1926 bin ich in Kassel zum Referendar ernannt worden.

Sei dieser Zeit bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst in Kassel tätig.